

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาตตุลาการ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2565

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Interim Measures in Arbitration



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws
FACULTY OF LAW
Chulalongkorn University
Academic Year 2022
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาตตุลาการ
โดย	น.ส.ยศศจี คงปรีรักษ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

-----	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ พิเศษวิชัย อริยะนนทกะ)	
-----	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข)	
-----	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(ดร.เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์)	

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ยศจี คงบริรักษ์ : มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ. (Interim Measures in Arbitration) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิดเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และบทบาทของศาลในการให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการ ในมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว โดยศึกษาจากกฎหมายแม่แบบ ปี ค.ศ. 1985 และปี ค.ศ. 2006 กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการอังกฤษ สิงคโปร์ และสาธารณรัฐประชาชนจีน นำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไทย พบว่ากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการอังกฤษและสิงคโปร์ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน แม้ประเทศอังกฤษจะไม่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการก็ตาม ส่วนสาธารณรัฐประชาชนจีนไม่ได้นำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่าง โดยกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสงวนอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้กับศาล แต่หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจเช่นว่านั้น สำหรับประเทศไทย แม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มีกฎหมายแม่แบบ ปี ค.ศ. 1985 เป็นแบบในการร่างแต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบ ทำให้เกิดปัญหาการตีความเรื่องอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ และการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้ปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 โดยแก้ไขมาตรา 16 เพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจอย่างชัดเจนในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พร้อมกำหนดประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งได้ และให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิสิต

ปีการศึกษา 2565

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก

6380103034 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Interim measure Model law Arbitrator

Yossajee Khongborirak : Interim Measures in Arbitration. Advisor: Asst. Prof.
TIDARAT SINLAPAPIROMSUK, Ph.D.

This thesis aims to conduct research concerning the conceptual framework to authorize arbitrators to issue interim measures as well as the Court's role in assisting arbitrators with injunctions. This research also comparatively studies UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 as well as UK's, Singapore's and China's Arbitration Acts, especially the interim measure issues in Thailand's Arbitration Acts B.E.2545. The research found that UK and Singapore clearly provide the power for arbitrators to issue interim measures. China however reserves the power to issue interim measures to the courts; however, arbitrators will have the power to issue interim measure if all parties in the dispute agree. Thailand's Arbitration Act B.E. 2545 does not have a provision authorizing arbitrators to issue interim measures and thus leaves loopholes in the interpretation of the arbitrator's power to issue interim measures and its enforceability. The researcher therefore suggests that Thailand should revise the Arbitration Act B.E. 2545 by amending Section 16 to give arbitrators the power to issue interim measures as well as specifying types of interim measures that arbitrators are entitled to order. The provision shall also include the issues of the Court's recognition and enforceability of interim measures issued by arbitrators in the arbitral proceedings.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2022

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีได้รับความกรุณาจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ดร.ธิดารัตน์ ศิลปกรรมย์สุข ซึ่งรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และสละเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งยังให้กำลังใจผู้ศึกษาเมื่อประสบปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำในทางวิชาการให้แก่ผู้ศึกษาในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณ ดร.เบญจวรรณ ตั้งสถาพรพันธุ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งคอยแนะนำจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่คอยอำนวยความสะดวกในระหว่างการจัดทำวิทยานิพนธ์จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลงได้หากปราศจากกำลังใจจากบุคคลในครอบครัวของผู้ศึกษา ตลอดจนเพื่อน ๆ ร่วมชั้นเรียนปริญญาโทที่มีอยู่ตลอดระยะเวลาในการศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ในทางวิชาการแก่ผู้ที่สนใจไม่มากนักน้อย หากมีข้อผิดพลาดบกพร่องประการใด ผู้ศึกษาขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....ค	
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....ง	
กิตติกรรมประกาศ.....จ	
สารบัญ.....ฉ	
บทที่ 1 บทนำ..... 1	
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา..... 1	
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย..... 2	
1.3 สมมติฐานของการวิจัย..... 3	
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย..... 3	
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย..... 3	
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... 3	
1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง..... 4	
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการอนุญาตตุลาการ และมาตรการคุ้มครองชั่วคราว..... 6	
2.1 บทนำ..... 6	
2.2 แนวคิดและมาตรฐานการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาตตุลาการ..... 6	
2.2.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม..... 7	
2.2.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง..... 7	
2.2.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ..... 9	
2.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาตตุลาการ..... 10	
2.3.1 ความสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว..... 10	
2.3.2 นิยามของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว..... 11	

2.3.3	ลักษณะและประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว.....	12
2.3.3.1	ลักษณะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	12
2.3.3.2	ประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว.....	14
2.3.4	ความจำเป็นที่ศาลจะต้องให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	16
2.4	แนวคิดเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law).....	17
2.4.1	อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	18
2.4.2	อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	19
2.4.3	การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ	28
2.4.4	ความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	30
2.5	แนวคิดเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ	30
2.5.1	ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL	30
2.5.2	ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้าระหว่างประเทศ (ICC).....	32
2.6	บทสรุป.....	33
บทที่ 3	หลักเกณฑ์และปัญหาการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย	35
3.1	บทนำ.....	35
3.2	การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย.....	36
3.2.1	การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.....	36
3.2.2	การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	40
3.2.2.1	คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านขอคุ้มครองชั่วคราว	41
3.2.2.2	คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา.....	42

3.2.2.3 คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อยและคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านขอคุ้มครองประโยชน์ระหว่างพิจารณา.....	49
3.2.3 การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540	50
3.2.4 การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการประเทศไทย	53
3.2.4.1 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม	53
3.2.4.2 ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ.....	54
3.3 ปัญหาการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ	55
3.3.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ	55
3.3.2 ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ.....	58
3.4 บทสรุป.....	58
บทที่ 4 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายต่างประเทศ	60
4.1 บทนำ.....	60
4.2 กฎหมายอังกฤษ.....	60
4.2.1 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (The Arbitration Act 1996).....	60
4.2.1.1 อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว.....	61
4.2.1.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	65
4.2.1.3 การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ	68
4.2.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	71
4.2.2 ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งลอนดอน (The London Court of International Arbitration Rule: LCIA)	72
4.3 กฎหมายสิงคโปร์.....	75

4.3.1	รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2001 (the Arbitration Act 2001).....	76
4.3.1.1	อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว.....	76
4.3.1.2	อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	77
4.3.1.3	การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ	77
4.3.1.4	ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราว	78
4.3.2	รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (The International Arbitration Act: IAA).....	78
4.3.2.1	อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว.....	78
4.3.2.2	อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	80
4.3.2.3	การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ	81
4.3.2.4	ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราว	85
4.3.3	ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศสิงคโปร์ ค.ศ. 2016 (Singapore International Arbitration Centre: SIAC Rules).....	88
4.4	กฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีน.....	91
4.4.1	รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (Arbitration Law of the People's Republic of China).....	91
4.4.1.1	อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว.....	92
4.4.1.2	อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	97
4.4.1.3	การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ.....	97
4.4.1.4	ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราว	99
4.4.2	ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของอนุญาโตตุลาการทางเศรษฐกิจและการค้า ระหว่างประเทศของสาธารณรัฐประชาชนจีน (China International Economic and Trade Arbitration Commission: CIETAC Arbitration Rules).....	99

4.5 บทสรุป.....	101
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กับการอนุญาตตุลาการไทย	103
5.1 บทนำ	103
5.2 พิจารณาปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติ อนุญาตตุลาการ	103
5.3 พิจารณาปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาตตุลาการ	120
5.4 ตารางเปรียบเทียบอำนาจของอนุญาตตุลาการและอำนาจของศาลในการออกมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายแม่แบบ อังกฤษ สิงคโปร์ สาธารณรัฐประชาชนจีน และไทย	130
5.5 ตารางเปรียบเทียบอำนาจของอนุญาตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวใน ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการ.....	131
5.6 บทสรุป.....	131
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	132
6.1 บทสรุป.....	132
6.1.1. อำนาจของอนุญาตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว.....	132
6.1.2 การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาตตุลาการของศาล	133
6.2 ข้อเสนอแนะ	134
6.2.1 อำนาจของอนุญาตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว	134
6.2.2 ร่างพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ (ฉบับที่..) พ.ศ.	137
บรรณานุกรม	140
ประวัติผู้เขียน	149

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ คือ มาตรการชั่วคราวในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยมาตรการชั่วคราวดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่พิพาท และในขณะเดียวกันมาตรการชั่วคราวนี้ก็ช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ¹

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีความสำคัญ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวถูกออกแบบมาให้คุ้มครองผลประโยชน์ของคู่พิพาทก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท กล่าวคือ ในช่วงระยะเวลาก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาหรือคู่พิพาทอาจร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนก็ได้ เช่น คู่สัญญาหรือคู่พิพาทอาจร้องขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาท หรือสั่งห้ามให้คู่สัญญาหรือคู่พิพาทอีกฝ่ายกระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดหรือผิดสัญญา เป็นต้น ซึ่งการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวเป็นการประกันว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปด้วยดีและมีประสิทธิภาพ เพราะมาตรการดังกล่าวช่วยป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดแก่คู่พิพาทและทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับได้ หากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้ เพราะเหตุว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่มีทรัพย์สินแล้ว การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำมาตั้งแต่ต้นก็จะไร้ความหมาย มาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวจึงมีความสำคัญมากและอาจกลายมาเป็นปัจจัยหนึ่งที่ดึงดูดให้คู่พิพาทหันมาใช้กระบวนการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ²

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ (Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law) หรือเรียกสั้น ๆ ว่ากฎหมายแม่แบบ (Model Law) ค.ศ. 1985 และฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2006 ต่างบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังปรากฏใน Article 17 (ฉบับ ค.ศ. 1985) หรือ Article 17 และ Article 17A (ฉบับ ค.ศ. 2006) และกฎหมายทั้งสองฉบับยังให้อำนาจ

¹ Shalaan Wael, "Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law" (Master's Thesis, Department of Law, University of Stirling 2013). p. 17.

² Stephen M. Ferguson, "Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results," *INT'L TRADE L.J.* 12, 55 (2003).

ศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวด้วยดังปรากฏใน Article 9 (ฉบับ ค.ศ.1985) หรือ Article 9 และ Article 17J (ฉบับ ค.ศ.2006)³ ซึ่งหลายประเทศก็ได้มีการนำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายภายในประเทศตน และบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศเยอรมนี เป็นต้น⁴ นอกจากนี้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงก็กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน ทั้งที่ประเทศไทยนำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายดังปรากฏในมาตรา 16 “คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม...” จึงนำไปสู่ปัญหาที่จะต้องพิจารณา 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ประการที่สอง ปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. ศึกษาเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL อันเป็นแบบร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 และตามกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ ตลอดจนข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียง

2. เปรียบเทียบเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยกับต่างประเทศ

³ United Nation, "Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006," [Online] Accessed: 16 October 2021. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

⁴ United Nation, "Status: Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006," [Online] Accessed: 21 October 2021. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

3. วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ในประเด็นเรื่อง มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

4. ศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่เกิดขึ้นในพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

กฎหมายอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการให้อำนาจ อนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทำให้เกิดปัญหาในการตีความเรื่องอำนาจใน การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจส่งผลให้กระบวนการ อนุญาโตตุลาการขาดประสิทธิภาพได้

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาแนวคิดเรื่องการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และบทบาท ของศาลในการให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยจะศึกษาจาก กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL และกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และประเทศจีน ตลอดจนข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มี ชื่อเสียง เช่น LCIA SIAC CIETAC เป็นต้น โดยจะนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วย อนุญาโตตุลาการในประเทศไทย และศึกษาวิเคราะห์ว่าประเด็นเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวใน กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไทยมีปัญหาอะไรบ้าง เพื่อจะได้ทราบและหาแนวทางในการแก้ไข ต่อไป

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยโดยวิธีการศึกษาค้นคว้าข้อมูลจากเอกสาร (Documentary Research) อันได้แก่ การศึกษาข้อมูลจากหนังสือ เอกสารวิชาการ บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง กฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนการค้นคว้าข้อมูลจากเครือข่ายเทคโนโลยีสารสนเทศ จากอินเทอร์เน็ต

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของ อนุญาโตตุลาการในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL กฎหมายต่างประเทศ และข้อบังคับของสถาบัน อนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียง

2. ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาล ตลอดจนการบังคับตามมาตรการชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการในกฎหมายแม่แบบและกฎหมายต่างประเทศ

3. ทำให้ทราบปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย แล้วจะได้หาทางแก้ไขปรับปรุงให้ดีขึ้น

1.7 เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

1.7.1 หนังสือ เรื่อง “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ” (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547) โดย นฤมล กิจสินธพชัย

หนังสือเล่มนี้อธิบายเกี่ยวกับการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ โดยอธิบายถึงอำนาจของศาลและอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ และความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของศาลและอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนแนวความคิดของ UNCITRAL ในช่วงก่อนที่มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายแม่แบบในปี ค.ศ. 2006 ดังนั้น หนังสือเล่มนี้จึงสามารถนำมาใช้อธิบายและเปรียบเทียบการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศว่าในช่วง 10 กว่าปีที่ผ่านมากฎหมายมีความเปลี่ยนแปลงหรือไม่ หากมีความเปลี่ยนแปลง กฎหมายเปลี่ยนแปลงอย่างไร

1.7.2 วิทยานิพนธ์ เรื่อง "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม" (วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีบัณฑิต, สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560) โดย รุ่งระวี โสขุมมา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้วิจัยศึกษาวิเคราะห์แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม เปรียบเทียบกับแนวทางทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของสถาบันอนุญาโตตุลาการ LCIA, ICC, AAA-ICDR, SIAC และ HKIAC ว่าสอดคล้องกันหรือไม่ มีปัญหาหรืออุปสรรคอย่างไร ดังนั้น วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางการวิเคราะห์ออกแบบกฎหมายเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการเพื่อเพิ่ม

ประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยทั้งกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศ (Domestic Arbitration) และระหว่างประเทศ (International Arbitration)

1.7.3 วิทยานิพนธ์ เรื่อง "การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) โดย ศักรินทร์ บุญรอด

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้วิจัยศึกษาเกี่ยวกับการนำวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการมาปรับใช้กับกรณีที่มีเหตุฉุกเฉินก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ โดยศึกษาถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในเหตุฉุกเฉิน รวมถึงบทบาทของศาลในการบังคับตามวิธีการคุ้มครองชั่วคราวในเหตุฉุกเฉินที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการจากข้อบังคับสถาบันการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังนั้น วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงสามารถนำมาใช้ศึกษาวิเคราะห์เรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน อันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการอนุญาโตตุลาการ และมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

2.1 บทนำ

ในบทที่ 2 นี้ ส่วนแรกผู้ศึกษาจะกล่าวถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยจะขอนำเสนอแนวคิดและมาตรฐานการเพิ่มประสิทธิภาพของการอนุญาโตตุลาการ เพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการออกแบบเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ส่วนถัดมา ผู้ศึกษาจะนำเสนอการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ โดยกล่าวถึงความสำคัญ นิยาม ลักษณะและประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และความจำเป็นที่ศาลจะต้องให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และส่วนสุดท้าย ผู้ศึกษาจะนำเสนอถึงแนวคิดเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL (UNCITRAL Model law) และในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นภาพรวมและเข้าใจหลักการและแนวคิดของการอนุญาโตตุลาการและมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

2.2 แนวคิดและมาตรฐานการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการ

กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ประเทศต่าง ๆ จึงพยายามปรับปรุงกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศของตนให้ดีขึ้น ทำให้เกิดแนวคิดและมาตรฐานการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ 3 มิติ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดและความเคลื่อนไหวระดับระหว่างประเทศในการเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ เพื่อขจัดปัญหาความล่าช้าและปัญหาค่าใช้จ่ายที่สูงเกินสัดส่วนอันเป็นสาเหตุสำคัญที่ส่งผลให้การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการขาดประสิทธิภาพ โดยการเพิ่มประสิทธิภาพ 3 มิติ ได้แก่ 1) มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม 2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง และ 3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ⁵

⁵ รุ่งระวี สุโขมา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม" วิทยานิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560). หน้า 74.

2.2.1 มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม

ความเร็วของกระบวนการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท (Speedy) และความประหยัดค่าใช้จ่าย (Economical Expense) ถือเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการอันเป็นเหตุผลสำคัญที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทตัดสินใจเลือกวิธีการอนุญาโตตุลาการเมื่อเปรียบเทียบกับกระบวนพิจารณาในศาลอันใช้ระยะเวลาค่อนข้างนาน⁶ แต่ปัจจุบันปัญหาความล่าช้าในกระบวนการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการและค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นถือเป็นอุปสรรคใหญ่ในการพัฒนาอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการในระดับระหว่างประเทศ (International) หรือในระดับประเทศ (Domestic) จึงนำไปสู่การปรับปรุงและพัฒนากระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ โดยมุ่งเน้นให้อนุญาโตตุลาการบริหารจัดการคดีอย่างรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่าย ตลอดจนเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายภายใต้หลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ หรือสุจริตกระบวนการ (Due process of law) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐาน (Core principle) ที่มีอยู่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของทุกระบบกฎหมายรวมถึงการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ⁷

2.2.2 มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง⁸

หลักการขั้นพื้นฐานอันเป็นมาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งทุกระบบรวมถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คือ หลักความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง เนื่องจากระบบวิธีพิจารณาความทุกระบบต่างมีจุดมุ่งหมายในการค้นหาความจริงที่เกิดจากข้อเท็จจริงอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ทำให้คำพิพากษาหรือคำชี้ขาดในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการมีความถูกต้องและเป็นธรรม โดยกระบวนการที่เป็นธรรมในการค้นหาความจริงและเป็นที่ยอมรับในระดับมาตรฐานสากล ได้แก่ ความโปร่งใสในการดำเนินกระบวนการพิจารณา (Transparency) หรือหลักพึง

⁶ Gray Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International BV, 2012). p.13; and Lars Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (Juris Publishing, Inc., 2003). p. 1011; see also Julian DM Lew, Loukas A Mistelis, and Stefan M Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International B.V., 2003). pp. 8-9, paragraph 1-28 to 1-30 cited in รุ่งระวี สุโขมา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม." หน้า. 74.

⁷ Gerry Lagerberg and Loukas Mitellis, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices* (Queen Mary University of London, 2006). p. 7 cited in รุ่งระวี สุโขมา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม." หน้า. 75.

⁸ รุ่งระวี สุโขมา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม." หน้า. 94-100.

ความสองฝ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ดังปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 หรืออนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 Article V(1)(b) “Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that (b) *The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case.*” ซึ่งรับรองสิทธิของคู่พิพาททุกฝ่ายที่จะต้องได้รับการแจ้งเตือนถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และคู่พิพาททุกฝ่ายมีโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานและถามค้านพยานอย่างเป็นธรรม (to be fair) และเท่าเทียมกัน (are treated equally) นอกจากนี้ กระบวนการค้นหาความจริงต้องใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสมอันสอดคล้องกับแนวคิดและมาตรฐานการเพิ่มประสิทธิภาพการอนุญาโตตุลาการข้อ 2.2.1. จึงทำให้กระบวนการพิจารณามีขั้นตอนที่เพียงพอและมีประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดกระบวนการเป็นธรรม เพราะหนึ่งในสาเหตุที่ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการค้นหาความจริง คือ กระบวนการพิจารณาที่ล่าช้า ดังภาษิตกฎหมายที่ว่า กระบวนการพิจารณาที่ล่าช้า คือ การปฏิเสธความยุติธรรม (Justice delayed is justice denied) และกระบวนการที่มีค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควรย่อมเป็นการยากที่ประชาชนจะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to justice)

ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) และสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงต่าง ๆ จึงมีการแก้ไขข้อบังคับของสถาบันเพื่อให้อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในเชิงรุก กำหนดระยะเวลา ตลอดจนค่าใช้จ่ายให้เหมาะสม เพื่อให้การทำหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการรวมถึงกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยคณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับ ข้อ 17 (1) ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการควบคุมและมีคำสั่งใด ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่เห็นว่าเหมาะสมได้ไม่ว่าคู่พิพาทจะตกลงยินยอมหรือไม่ โดยอยู่บนหลักการพื้นฐานที่ให้ความเป็นธรรมและปฏิบัติต่อคู่พิพาท ตลอดจนเปิดโอกาสให้ทั้งสองฝ่ายมีโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเท่าเทียมกัน (The arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties **are treated with equality** and that at an appropriate stage of the proceedings each

party *is given a reasonable opportunity of presenting its case.*) และในปี ค.ศ. 2010 และ ค.ศ. 2013 UNCITRAL ได้แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการโดยมีการระบุบทบาทของอนุญาโตตุลาการให้มีหน้าที่ในการบริหารจัดการคดีและมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในการที่จะควบคุมกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพ

2.2.3 มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ⁹

ข้อบ่งชี้ (indicators) สำคัญที่แสดงว่ากระบวนการทางอนุญาโตตุลาการของประเทศหนึ่งประเทศใดมีประสิทธิภาพและได้รับการยอมรับมากน้อยเพียงใด คือ ประสิทธิภาพในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (Enforcement of Arbitral Award) อันหมายถึงประสิทธิภาพในการบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของผู้แพ้คดี ซึ่งประสิทธิภาพในการบังคับตามคำชี้ขาดถือเป็นปัจจัยอย่างหนึ่งที่นักธุรกิจและผู้ที่จะเข้ามาลงทุนในต่างประเทศให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก หากปราศจากกระบวนการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพแล้ว แม้ว่าประเทศนั้น ๆ จะมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการหรืออนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพมากเพียงใดก็ตาม การอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและในประเทศย่อมไม่อาจได้รับการยอมรับและพัฒนาต่อไปได้

ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่จึงเป็นภาคีสัญญาอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) หรือ อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 (New York Convention 1958) เพราะอนุสัญญานี้บ่งชี้ว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นหลักประกันว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะได้รับการยอมรับและบังคับชำระหนี้ในที่สุด ซึ่งศาลของประเทศที่เป็นภาคีสมาชิกส่วนใหญ่ล้วนสนับสนุนและให้ความช่วยเหลือการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ¹⁰ ดังปรากฏจากการที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศส่วนใหญ่ได้รับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958)

⁹ Ibid. p. 101.

¹⁰ Jessica L. Gelernder, "Judicial Review of International Arbitration Awards: Preserving Independence in International Commercial Arbitration," *Marquette Law Review* 80(1997). p. 625-627. cited in รุ่งระวี สุโขมา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม." หน้า. 101.

2.3 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ

2.3.1 ความสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว¹¹

ปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ รวมถึงข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์หรือสิทธิของคู่พิพาทหลังมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในขณะที่อนุญาโตตุลาการกำลังพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท มาตรการคุ้มครองชั่วคราวจึงหมายถึงมาตรการชั่วคราวใด ๆ ที่สั่งโดยอนุญาโตตุลาการหรือศาลระหว่างรอการชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการ¹² โดยมาตรการชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการหรือศาลอาจสั่งเพื่อคุ้มครองประโยชน์คู่พิพาท ได้แก่ คำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาท (attachments) คำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้กระทำการใด ๆ (injunction) คำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนบางส่วน (partial payment of claim) และคำสั่งให้จัดหาประกันที่เหมาะสมสำหรับค่าใช้จ่าย ฯลฯ¹³ ซึ่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ได้ยกตัวอย่างมาข้างต้น เป็นมาตรการที่มีผลบังคับให้คู่พิพาทต้องปฏิบัติตามเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์และสิทธิของคู่พิพาทอีกฝ่ายอันนำไปสู่ความสำเร็จของการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นการประกันว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะสามารถบังคับได้ในท้ายที่สุด กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินการไปด้วยดีและคู่พิพาทไม่ได้รับความเสียหาย หากคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้ในท้ายที่สุด กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ทำมาตลอดก็จะไร้ความหมาย¹⁴ เพราะฉะนั้น การไม่มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หรือมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแต่ไม่สามารถบังคับได้จึงเป็นเรื่องน่ากังวลสำหรับคู่พิพาทซึ่งมาทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่าง หากไม่มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกย้ายหรือถ่ายเททรัพย์สินออกจากเขตอำนาจศาลซ่อนหรือทำลายพยานหลักฐาน ขยายทรัพย์สิน หรือกระทำการใด ๆ อันทำให้คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้อง

¹¹ Ferguson, S. M., "Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results," *INT'L TRADE L.J.*

¹² Werbicki, "Arbitral Interim Measures: Fact Or Fiction?," *Disp. Resol. J.* (2003). cited in Ferguson, S. M., "Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results," *INT'L TRADE L.J.*

¹³ Gregoire Marchac, "Interim Measures in International Commercial Arbitration under the Icc, Aaa, Lcia and Uncitral Rules," *Am. Rev. Int'l Arb.* 123, 123 (1999). cited in Ferguson, S. M., "Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results," *INT'L TRADE L.J.*

¹⁴ Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration Note by the Secretariat cited in Ferguson, S. M., "Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results," *INT'L TRADE L.J.*

ได้รับความเสียหาย และอาจทำให้ไม่สามารถบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น มาตรการดังกล่าวจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมาก และคาดว่าในอนาคตคำขอคุ้มครองชั่วคราวมีแนวโน้มจะเพิ่มขึ้น¹⁵ ยิ่งไปกว่านั้น การขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้อาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะดึงดูดหรือจูงใจให้คนหันมาระงับข้อพิพาททางเลือกรด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการแทนที่จะระงับข้อพิพาททางศาล

2.3.2 นิยามของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL (UNCITRAL Model law) Article 17 ให้นิยามของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวว่า “มาตรการที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราว ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบคำชี้ขาดหรือรูปแบบอื่นใด โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้จะต้องมีอยู่ในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีการออกคำชี้ขาดซึ่งเป็นการตัดสินข้อพิพาทในท้ายที่สุด ซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถสั่งคุ้มครองพิพาท

ประการแรก รักษาสถานะเดิม

ประการที่สอง ป้องกันหรือยุติการกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสียหาย ความยุติธรรมต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ประการที่สาม สงวนรักษาทรัพย์สินเพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ประการที่สี่ รักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท”

จะเห็นว่าตามนิยามของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model law) มาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ มาตรการที่กฎหมายประสงค์จะให้คุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคู่กรณีจนกว่าจะมีคำชี้ขาดสุดท้ายของอนุญาโตตุลาการ และในขณะเดียวกันมาตรการดังกล่าวทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างต่อเนื่อง จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายแม่แบบแบ่งมาตรการคุ้มครอง

¹⁵ Werbicki, "Arbitral Interim Measures: Fact Or Fiction?," *Disp. Resol. J.*, cited in Ferguson, S. M., "Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results," *INT'L TRADE L.J.*

ชั่วคราวออกเป็นสองหมวด หมวดแรก คือ มาตรการชั่วคราวคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคู่กรณี หมวดสอง คือ มาตรการชั่วคราวคุ้มครองกระบวนการอนุญาโตตุลาการ¹⁶

นอกจากกฎหมายแม่แบบแล้ว กฎหมายในประเทศอื่น ๆ รวมถึงข้อบังคับของสถาบันการอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่ก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้ หรือนำคำจำกัดความของกฎหมายแม่แบบไปใช้ การจะทำความเข้าใจว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวคืออะไรจะต้องพิจารณาถึงอำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้อนุญาโตตุลาการหรือศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งในแต่ละประเทศก็บัญญัติให้อำนาจไม่เหมือนกัน เช่น ประเทศอังกฤษ กฎหมายให้อำนาจศาลในการออกมาตรการเพื่อสงวนรักษายานหลักฐานระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ประเทศไทยกฎหมายไม่ให้อำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทดังกล่าว เป็นต้น เพราะฉะนั้น มาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะนิยามอย่างไร จะต้องพิจารณาถึงกฎหมายที่ใช้ในแต่ละประเทศ

2.3.3 ลักษณะและประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

2.3.3.1 ลักษณะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

คำว่า “มาตรการคุ้มครองชั่วคราว” แต่ละประเทศมีความแตกต่างกันอย่างที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.3.2 ลักษณะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะเป็นเช่นไรขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติในประเทศนั้น ๆ ทั้งนี้ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะมีลักษณะพื้นฐานบางประการที่เหมือนกัน และเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ดังนี้¹⁷

ประการแรก การจะใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้จำเป็นต้องมีข้อพิพาท เพราะวัตถุประสงค์ของการมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อเป็นการประกันว่าหากอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาชี้ขาดและมีผลของคำชี้ขาดออกมาแล้ว คำชี้ขาดดังกล่าวจะสามารถบังคับได้ ไม้ไร้ประสิทธิภาพ ดังนั้น หากไม่มีข้อพิพาทมาตั้งแต่แรกก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องขอให้มีการคุ้มครองชั่วคราว เช่น คดี ICC Case No. 10596¹⁸ ซึ่งเป็นคดีที่ ICC จะต้องพิจารณาข้อพิพาทระหว่าง B ผู้ผลิตสินค้า และ A ผู้จัดจำหน่ายสินค้า ซึ่ง A ผิดสัญญาจัดจำหน่ายสินค้าประเภท

¹⁶ Shalaan, Wael, “Interim Measures in International Commercial Arbitration A Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law,” p. 17.

¹⁷ ACERIS, “Provisional Measures in International Arbitration,” [Online] Accessed: 12 October 2021. Available from: <https://www.acerislaw.com/provisional-measures-in-international-arbitration/>

¹⁸ Stephen Benz, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration,” *Georgetown Journal of International Law* 50(2019). p. 154-155.

ผลิตภัณฑ์ยาในฮ่องกงและสาธารณรัฐประชาชนจีน B จึงร้องขอคุ้มครองชั่วคราวให้อนุญาตตุลาการมีคำสั่งให้ A ส่งใบรับรองและเอกสารอนุมัติราคาที่ออกโดยศาลประชาชนจีน (PRC) และเจ้าหน้าที่ฮ่องกงให้ B โดย B อ้างว่าหากไม่มีเอกสารดังกล่าว B จะไม่สามารถทำการขายผลิตภัณฑ์ยาในฮ่องกงและสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ สิ่งที้อนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก คือ B มีสิทธิตามสัญญาหรือมีสิทธิตามกฎหมายที่จะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้หรือไม่ เมื่อ B มีสิทธิตามสัญญาจัดจำหน่าย อนุญาตตุลาการก็สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้

ประการสอง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องมีลักษณะเป็นการชั่วคราว กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวจะต้องถูกใช้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรการนี้จะมีผลบังคับใช้จนกว่าจะมีคำสั่งขาดของอนุญาตตุลาการออกมา ซึ่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้อาจมาในรูปแบบของคำสั่งหรือคำสั่งขาดเฉพาะกาล เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ ข้อบังคับของ Netherlands Arbitration Institute (NAI) ข้อ 35(4) กำหนดว่า *“The decision on the provisional relief may be taken in the form of an order by the arbitral tribunal or in the form of an arbitral award, to which the provisions of Sections Five and Six are applicable. At the request of a party, the arbitral tribunal, having heard the other party or parties, may convert an order by the arbitral tribunal into an arbitral award, in which it shall state the request.”* ซึ่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบคำสั่งขาดเฉพาะกาลมีแนวโน้มที่ศาลในต่างประเทศจะบังคับให้มากกว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบของคำสั่ง

ประการที่สาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องเป็นมาตรการที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ คู่พิพาทไม่สามารถร้องขอให้คุ้มครองเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดให้ได้ อีกทั้งมาตรการดังกล่าวถูกจำกัดในขอบเขตของข้อโต้แย้งพิพาทเท่านั้น คู่พิพาทจะมาขออนอกเหนือไปจากข้อโต้แย้งพิพาทไม่ได้ เพราะผลลัพธ์จากการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวต้องอยู่ภายใต้คำสั่งขาดสุดท้าย (as the interim remedy is subordinate to the final relief)

ประการที่สี่ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวควรนำมาใช้เมื่อคู่พิพาทมีความเสี่ยง กล่าวคือ มีความเสี่ยงบางประการเกิดขึ้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาทที่ร้องขอหากไม่มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งความเสี่ยงที่กล่าวถึงนี้เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าหมายถึงกรณีเร่งด่วน ซึ่งความเร่งด่วนกลายมาเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการ

คุ้มครองชั่วคราวของหลาย ๆ ประเทศ เช่น คดี *Railroad Development Corp V. Guatemala*¹⁹ ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างบริษัท Railroad Development Corp (RDC) และประเทศกัวเตมาลา โดย RDC ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการให้ประเทศกัวเตมาลาสงวนรักษาเอกสารบางอย่าง (preserve certain documents) ซึ่งมีความสำคัญต่อ RDC โดยอ้างว่ามีรายงานว่าเอกสารทางราชการของประเทศกัวเตมาลามักถูกขโมย หรือทำลายภายใต้การดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีคนใหม่ อนุญาโตตุลาการยกคำร้องคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว โดยอ้างว่ากรณีดังกล่าวไม่มีความเร่งด่วน หรือมีเหตุฉุกเฉิน อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวควรถูกนำมาใช้ในกรณีที่เป็นเหตุฉุกเฉินหรือเหตุเร่งด่วนเท่านั้น

ประการที่ห้า เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีลักษณะเป็นการชั่วคราว มาตรการหรือวิธีการดังกล่าวซึ่งออกโดยศาลภายในแห่งรัฐนั้นอาจถูกพิจารณาใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงใหม่ได้ (reviewed and/or modified) ก่อนมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

2.3.3.2 ประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

อย่างที่ได้อธิบายมาแล้ว มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีหลายรูปแบบและแตกต่างกันในแต่ละประเทศ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายในแต่ละประเทศ เพราะฉะนั้น การแบ่งประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจึงเป็นการยาก อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการสามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินเป็นไปโดยสะดวกเรียบร้อย มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาสถานะเดิมของคู่พิพาท มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในภายหลังเป็นไปโดยประสิทธิผล และมาตรการที่ให้จัดวางหลักประกัน²⁰

ประเภทแรก มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การอนุญาโตตุลาการดำเนินเป็นไปโดยสะดวกเรียบร้อย โดยหลักแล้วมาตรการประเภทดังกล่าวจะเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองหรือสงวนหลักฐานบางอย่างเอาไว้ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งพยานหลักฐานต่าง ๆ ก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะมีคำชี้ขาด²¹ เช่น คำสั่งให้เก็บสงวนรักษา

¹⁹ Stephen Benz, "STRENGTHENING INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION," *Georgetown Journal of International Law*, p. 163-164.

²⁰ Mika SAVOLA, "Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings," *Croat. Arbit. Yearb.* 23(2016). p. 77.

²¹ นฤมล กิจสินธพชัย, มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า. 15.

พยานหลักฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับผลของคดี คำสั่งให้ตรวจสอบสินค้า ทรัพย์สิน เครื่องจักร สถานที่ หรือ เอกสารใด ๆ คำสั่งห้ามคู่พิพาทดำเนินการฟ้องร้องคดีอันเป็นการผิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการของ คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้สัญญา (anti-suit injunction) เป็นต้น²²

ประเภทที่สอง มาตรการที่รักษาสถานะเดิมของคู่พิพาท (preserving the status quo) มาตรการนี้เป็นมาตรการที่สั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้ร้องขอกระทำการบางอย่างหรือห้าม กระทำการบางอย่าง อาทิ อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้สัญญาปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา ต่อไปในช่วงการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การดำเนินการก่อสร้าง หรือสั่งให้ละเว้นการ กระทำบางอย่างจนกว่าจะมีคำชี้ขาด หรือสั่งในลักษณะที่จะป้องกันความเสียหายหรือสูญหายของ สินค้า เช่น คำสั่งให้ขายสินค้าที่เน่าเสีย หรือสั่งให้กระทำการบางอย่างเพื่อหลีกเลี่ยงการสูญเสียชีวิต เช่น คำสั่งให้จ่ายค่าธรรมเนียมในการต่ออายุสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาทางกฎหมาย เป็นต้น²³

ประเภทที่สาม มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการในภายหลังเป็นไปโดยประสิทธิผล เช่น คำสั่งห้ามชั่วคราว (injunction) อันเป็น คำสั่งที่ห้ามคู่พิพาทในการกระทำการบางอย่าง เช่น ห้ามเผยแพร่บทความที่มีลักษณะเป็นการหมิ่น ประมาท หรือคำสั่งห้ามไม่ให้คู่พิพาทออกจากประเทศหรือห้ามคู่พิพาทกำจัดทรัพย์สินของตัวเอง หรือคำสั่งห้ามไม่ให้คู่พิพาทจำหน่ายทรัพย์สิน คำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สิน เป็นต้น²⁴

ประเภทที่สี่ มาตรการที่สั่งให้วางหลักประกันที่เหมาะสมสำหรับค่าใช้จ่ายใน การอนุญาโตตุลาการ (Security for costs) มาตรการประเภทนี้เป็นมาตรการชั่วคราวที่ศาลหรือ อนุญาโตตุลาการมักจะสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอต้องปฏิบัติ หากมีเหตุอันควรเชื่อว่าคู่พิพาทฝ่ายที่ เรียกร้องมีหนี้สินล้นพ้นตัวและจะไม่จ่ายค่าใช้จ่ายหากแพ้คดีในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทของ อนุญาโตตุลาการ โดยค่าใช้จ่ายดังกล่าวรวมไปถึงค่าธรรมเนียมในการอนุญาโตตุลาการ²⁵

²² SAVOLA, M., "Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings," *Croat. Arbit. Yearb.* p. 77.

²³ Expert-Evidence, "Kinds of Interim Measures in Arbitration," [Online] Accessed: 12 October 2021. Available from: <https://expert-evidence.com/kinds-of-interim-measures-in-arbitration/>

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

2.3.4 ความจำเป็นที่ศาลจะต้องให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ในการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายในประเทศต่าง ๆ ส่วนใหญ่ต่างให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แม้ว่าคู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการได้ แต่ในบางกรณีคู่พิพาทมีความจำเป็นที่จะต้องร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล เช่น ในกรณีที่ยังไม่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และมีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอการแต่งตั้งได้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทต้องการให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีผลผูกพันบุคคลที่สาม หรือในกรณีที่การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลในประเทศอันเป็นภูมิลำเนาหรือที่ตั้งของทรัพย์สินของคู่พิพาทผู้ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีประสิทธิภาพกว่า หรือในกรณีที่คู่พิพาทต้องการแน่ใจว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายจะปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เป็นต้น

อย่างที่ได้อธิบายมาในตอนต้น การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในบางกรณีคู่พิพาทไม่สามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการได้ และมีความจำเป็นที่จะต้องร้องขอต่อศาล เพราะฉะนั้น สิ่งที่คู่พิพาทจะต้องคำนึงในการเลือกว่าจะขอคุ้มครองชั่วคราวกับใคร (ระหว่างศาลกับอนุญาโตตุลาการ) มีดังต่อไปนี้²⁶

ประการแรก ศาลในประเทศอันเป็นภูมิลำเนาของคู่พิพาทผู้จะถูกระงับบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือเป็นที่ตั้งของทรัพย์สินพิพาทสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ และมีข้อจำกัดในการขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลอย่างไรในกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ

ประการที่สอง การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาฝ่ายเดียวหรือไม่ (คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ทราบถึงการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมาก่อน) เพื่อให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีประสิทธิภาพ

ประการที่สาม มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนขนาดไหน หากมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนมากถึงขั้นฉุกเฉิน คู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลได้

²⁶ Nick Peacock, Hannah Ambrose, and Vanessa Naish, "Protecting Party Rights by Use of Interim Measures: Traps for the Unwary in Obtaining Court-Ordered Relief " [Online] Accessed: 1 June 2022. Available from: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/protecting-party-rights-by-use-of-interim-measures-traps-for-the-unwary-in-obtaining>

ประการที่สี่ อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งแล้วหรือไม่ หากยังไม่ได้รับการแต่งตั้ง คู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการฉุกเฉินได้หรือไม่ (Emergency Arbitrator) เพราะในบางประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอังกฤษ คู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ โดยร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน ซึ่งเป็นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งเพื่อวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียว คือ พิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในระยะเวลาก่อนมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาท หากอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้งแล้ว อนุญาโตตุลาการสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่มีประสิทธิภาพหรือไม่ เช่น มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีผลผูกพันบุคคลที่สามผู้เป็นบุคคลภายนอก เป็นต้น

ประการที่ห้า คู่พิพาทอีกฝ่ายที่จะถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีแนวโน้มที่จะปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่

ประการที่หก มีข้อจำกัดใด ๆ ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ เช่น มาตรการคุ้มครองชั่วคราวบางประเภทอนุญาโตตุลาการไม่สามารถมีคำสั่งได้ เป็นต้น

2.4 แนวคิดเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law)

กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อสนับสนุนประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกในการปฏิรูปและปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการภายในประเทศตน โดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะและความจำเป็นของการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ รวมถึงขั้นตอนต่าง ๆ ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้ง ถอดถอน และขอเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการแทรกแซงของศาลในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) จึงเป็นกฎหมายที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวทางในการปฏิบัติในเรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ประเทศทั่วโลกยอมรับไม่ว่าประเทศนั้นจะมีระบบกฎหมาย หรือเศรษฐกิจที่แตกต่างกันอย่างไร²⁷

กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ถูกแก้ไขและปรับปรุง เมื่อปี ค.ศ. 2006 โดยบทบัญญัติที่ถูกแก้ไขและปรับปรุง ได้แก่ Article 1(2), Article 7, Article 35(2) และ chapter IV A

²⁷ United Nation, "Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006."

ซึ่งมาแทนที่ Article 17 และหมวด 2A ซึ่งการแก้ไขและปรับปรุงดังกล่าวถูกรับรองโดย UNCITRAL เมื่อวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ.2006 โดย chapter IV A บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ตลอดจนการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการของศาลเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม กฎหมายแม่แบบฉบับแก้ไขปรับปรุง ค.ศ. 2006 เป็นเพียงกฎหมายบัญญัติเพิ่มเติม เพราะฉะนั้น จะต้องพิจารณากฎหมายแม่แบบฉบับ ค.ศ. 1985 ประกอบด้วย²⁸

2.4.1 อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

Article 9 กำหนดให้คู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลก่อนหรือระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งการร้องขอดังกล่าวไม่ขัดกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

ส่วน Article 17J ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ถูกรับบัญญัติเพิ่มเติมในกฎหมายแม่แบบฉบับ ปี ค.ศ. 2006 ให้อำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นเดียวกัน ซึ่งศาลมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ไม่ว่าจะสถานที่นั้นจะอยู่ในอาณาเขตของรัฐนี้หรือไม่ก็ตาม โดยศาลจะใช้อำนาจดังกล่าวตามวิธีกระบวนการพิจารณาของศาลเอง ทั้งนี้ ศาลจะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย

เมื่อพิจารณา Article 9 จะเห็นว่า Article 9 กำหนดข้อสงสัยเรื่องการขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลว่าการขอตกลงไม่ขัดกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลไม่เป็นการต้องห้ามและไม่เป็นการละทิ้งสัญญาอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าคำร้องขอของคู่พิพาทจะได้กระทำภายในศาลของประเทศใด ในขณะที่เดียวกันศาลภายในมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแม้ว่าสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศอื่น หรือสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการอยู่ในประเทศที่ไม่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบนี้ไปด้วยก็ตาม หรือสถานที่ที่ทำการอนุญาโตตุลาการจะไม่ถูกกำหนด โดย Article 9 เพียงแต่วางหลักเกณฑ์ในเรื่องความสอดคล้องของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลกับสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ไม่ได้กำหนดเรื่องเงื่อนไข หลักเกณฑ์ หรือประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่จะขอได้ เพราะเงื่อนไข หลักเกณฑ์ หรือประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความภายในของประเทศที่ได้รับคำร้องขอตกลง

²⁸ Ibid.

ส่วน Article 17J เป็นบทบัญญัติที่กำหนดข้อสงสัยใด ๆ เรื่องสัญญาอนุญาโตตุลาการว่า ไม่ตัดอำนาจของศาลที่มีเขตอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทอาจไปศาลเพื่อขอ คุ้มครองชั่วคราวได้เช่นเดียวกับ Article 9 โดยใน Article 17J นี้ระบุไว้ชัดเจนว่าศาลภายในมี อำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ แม้สถานที่ทำการ อนุญาโตตุลาการจะอยู่ในประเทศอื่น และศาลสามารถนำวิธีพิจารณาในประเทศตนเองมาใช้เป็น หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว โดยต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศด้วย Article 9 และ Article 17J จึงมีความสอดคล้องกัน²⁹

2.4.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ก่อนพิจารณากฎหมายแม่แบบฉบับแก้ไขปรับปรุง ปี ค.ศ. 2006 ซึ่งมีการนำ chapter IV A มาแทนที่ Article 17 อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จะขอกล่าวถึง Article 17 (เดิม) ก่อน

กฎหมายแม่แบบ Article 17 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้อย่าง ชัดเจนในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยบัญญัติว่า

“Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection **as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the disputes**, the arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure”

เมื่อพิจารณา Article 17 (เดิม) จะเห็นว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามที่ตนเห็นว่าจำเป็นอันเกี่ยวข้องกับมูลความแห่งคดี อนุญาโตตุลาการจึง ถูกจำกัดอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อย่างไรก็ตาม การจำกัดให้อนุญาโตตุลาการมี อำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับมูลความแห่งคดีนั้นก็ยังคงเป็นการจำกัด อำนาจที่มีขอบเขตกว้างเกินไป เพราะประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอันเกี่ยวข้องกับมูลความ คดีที่อนุญาโตตุลาการสามารถออกได้มีหลายประเภทมาก ตัวอย่าง มาตรการเพื่อป้องกันซึ่งความสูญ หาย มาตรการในการสงวนรักษาสินค้า เช่น การขายสินค้าที่เน่าเสียหรือเสียหายได้ง่าย มาตรการ

²⁹ Thomas W. Walsh, "2006 Uncitral Model Law: Are States Adopting the Law in Letter and Spirit?," *TDMJ* 8, 2 (2011), p. 227.

สงวนรักษาพยานหลักฐาน ฯลฯ และการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการ
 สั่งได้เฉพาะแก่คู่พิพาทเท่านั้น ไม่สามารถสั่งบุคคลที่สามได้ นอกจากนี้มาตราดังกล่าวยังให้อำนาจ
 อนุญาโตตุลาการในการสั่งให้คู่พิพาทที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจัดหาหลักประกันที่เหมาะสม กล่าวคือ
 จัดหาหลักประกันที่ครอบคลุมค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในการกำหนดมาตรการดังกล่าว รวมถึง
 ค่าเสียหายอันเป็นความเสียหายที่คาดหมายได้ล่วงหน้า และเป็นที่น่าพอใจว่าจะเกิดขึ้นต่อคู่กรณีอีก
 ฝ่ายที่ถูกกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว³⁰

Article 17 ในกฎหมายแม่แบบปี ค.ศ. 2006 section 1 บัญญัติว่า “Power of
 arbitral tribunal to order interim measures

(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at
 the request of a party, grant interim measures.

(2) An interim measure is any temporary measure, whether in the form
 of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the
 award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to:

(a) Maintain or restore the status quo pending determination of the
 dispute;

(b) Take action that would prevent, or refrain from taking action that is
 likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;

(c) Provide a means of preserving assets out of which a subsequent
 award may be satisfied; or

(d) Preserve evidence that may be relevant and material to the
 resolution of the dispute.”

เมื่อพิจารณา Article 17 จะเห็นว่ามาตรานี้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออก
 มาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หากคู่พิพาทร้องขอ โดยสิ่งที่มาตรานี้บัญญัติเพิ่มเติมและแตกต่างจาก
 Article 17 เดิม คือ การบัญญัตินิยามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หมายถึง มาตรการที่มีลักษณะเป็น

³⁰ นฤมล กิจสินทรัพย์, มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ, หน้า. 81-84.

การชั่วคราว ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบคำชี้ขาดหรือรูปแบบอื่นใด โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้จะต้องมีอยู่ในเวลาใด ๆ ก็ตามก่อนที่จะมีการออกคำชี้ขาดซึ่งเป็นการตัดสินข้อพิพาทในท้ายที่สุด และมีการบัญญัติประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งได้

ประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ สามารถจำแนกออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก มาตรการที่รักษาสถานะปัจจุบัน หรือสถานะเดิมของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาข้อพิพาท

ประเภทที่สอง มาตรการที่ป้องกันหรือยุติการกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสียความยุติธรรมต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ประเภทที่สาม มาตรการที่สงวนรักษาทรัพย์สินเพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น คำสั่งยึดทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้

ประเภทที่สี่ มาตรการรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เช่น คำสั่งยึดเอกสารต่าง ๆ เป็นพยานหลักฐาน

หลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

สำหรับหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ Article 17A กำหนดว่า คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตาม Article 17(2)(a)(b) และ (c) กล่าวคือ มาตรการที่รักษาสถานะปัจจุบัน หรือสถานะเดิมของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาข้อพิพาท มาตรการที่ป้องกันหรือยุติการกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสียความยุติธรรมต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และมาตรการที่สงวนรักษาทรัพย์สินเพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอต้องแสดงให้เห็นว่า

1.) ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ (Harm not adequately reparable) โดยคำชี้ขาดข้อพิพาท หากไม่มีการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ในการพิจารณาว่าผู้ร้องได้รับความเสียหายที่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้หรือไม่ อนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่าความเสียหายสามารถเยียวยาโดยคำชี้ขาดได้หรือไม่ ซึ่งความเสียหายที่

ไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ หมายถึง ความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาด้วยตัวเงินได้ (Harm that Could not be Compensated by a Monetary Award)³¹ เช่น ICSID Case No. ARB/06/2 .ในประเด็นเรื่องการร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ผู้เรียกร้อง คือ Quiborax S.A., Allan Fosh and Non Metallic Minerals S.A ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการ โดยขอให้ Bolivia รัฐผู้คัดค้านระงับการดำเนินคดีอาญา และการกระทำอื่นใดอันส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงของ พยานหลักฐานในการอนุญาโตตุลาการของผู้เรียกร้อง เช่น ยึดเอกสาร หรือข่มขู่พยาน เป็นต้น อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องดังกล่าว เพราะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าความเสียหายใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อมาตรฐานของกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของคู่พิพาทในการเข้าถึง พยานหลักฐานเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้ด้วยตัวเงิน³² นอกจากนี้ ความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอยังหมายความรวมถึงความเสียหายที่ยากต่อ การเยียวยา (Harm that Would be ‘Comparatively Complicated to Compensate) กล่าวคือ ความเสียหายดังกล่าวสามารถเยียวยาด้วยตัวเงินได้ แต่หากรออนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจะกระทำได้ยาก เช่น คดี Paushok v Mongolia ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างบริษัทเจ้าของเหมืองทองคำซึ่งเป็นบริษัทรัสเซียกับประเทศมองโกเลีย โดยบริษัทเหมืองทองคำอ้างว่าประเทศมองโกเลียฝ่าฝืนสนธิสัญญาการลงทุนระหว่างประเทศรัสเซียและ ประเทศมองโกเลีย โดยการออกกฎหมายเก็บภาษีจากทองคำที่ได้อ้อยละ 68 และกำหนดให้บริษัททำเหมืองแร่ที่จ้างบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวมากกว่าร้อยละ 10 จ่ายค่าปรับเท่ากับสิบเท่าของเงินเดือนที่ จ่ายให้แก่บุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าว บริษัทเหมืองจึงนำเรื่องดังกล่าวมาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ แบบสถาบัน และร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการให้ประเทศมองโกเลียเพิกถอนการบังคับ ใช้กฎหมายดังกล่าว แม้ประเทศมองโกเลียจะระบุว่าความเสียหายที่บริษัทเหมืองแร่ได้รับสามารถ เยียวด้วยค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินได้หากในท้ายที่สุดอนุญาโตตุลาการตัดสินชี้ขาดให้ตนแพ้คดี แต่ อนุญาโตตุลาการกลับออกคำคุ้มครองชั่วคราวให้ โดยอ้างว่า คำว่า ความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาหรือ แก้ไขได้ “irreparable harm” ไม่ได้หมายถึงเฉพาะกรณีที่ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาด้วย ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่ยังหมายถึงกรณีที่หากการรออนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อ พิพาทจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างเป็นนัยสำคัญแก่ผู้ร้องขอ ทั้งนี้ ในคดีดังกล่าว อนุญาโตตุลาการ

³¹ Jose F. SANCHEZ, "Applying the Model Law's Standard for Interim Measures in International Arbitration," *Journal of International Arbitration* 37, 1 (2020). p. 65, 67-68.

³² "Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A., & Allan Fosh Kaplún V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2," (2016).

ได้มีการคำนึงถึงสัดส่วนระหว่างความเสียหายของบริษัทเหมืองทองคำกับสิทธิของประเทศมองโกเลีย ในการจัดเก็บภาษี โดยอนุญาโตตุลาการมองว่าประเทศมองโกเลียจัดเก็บภาษีในอัตราที่แพงเกินไป ซึ่งการจัดเก็บภาษีดังกล่าวอนุญาโตตุลาการมองว่าเป็นผลเสียต่อประเทศมองโกเลียในการประกอบธุรกิจเหมืองแร่³³

ความเสียหายที่ผู้ร้องได้รับไม่จำเป็นต้องเป็นความเสียหายที่ร้ายแรงอย่างมาก แต่ความเสียหายดังกล่าวก็น่าจะต้องไม่เล็กน้อยจนเกินไป (Large Harm Is Unnecessary but Small Harm Might Be Insufficient)³⁴ ตัวอย่าง Case No. EA 2016/30, Case No. EA 2016/31 and Case No. EA 2016/32 กล่าวคือ ผู้ผลิตน้ำมันข่มขู่จะจัดหาน้ำมันและก๊าซให้น้อยลง เว้นแต่ผู้บริโภคมจะยอมรับการขึ้นราคา ผู้บริโภคจึงยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน ผู้ผลิตโต้แย้งคำร้องขอคุ้มครองดังกล่าว โดยอ้างว่ายอดขายที่ได้จากการขายน้ำมันและก๊าซของผู้ นำเข้าเป็นเพียงส่วนเล็ก ๆ ของยอดขายทั้งหมด อนุญาโตตุลาการยกคำคัดค้านของผู้ผลิต และมีคำสั่ง อนุญาตตามคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้บริโภค เพราะฉะนั้น ผู้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไม่ จำต้องพิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายเป็นจำนวนมาก³⁵ อย่างไรก็ตาม หากความเสียหายที่ได้รับเป็น ความเสียหายเพียงเล็กน้อย และความเสียหายดังกล่าวไม่สามารถสรุปได้ว่าไม่สามารถเยียวยาโดยคำชี้ ขาดสุดท้ายได้ อนุญาโตตุลาการก็จะยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวนั้น ตัวอย่าง Case No. EA 2016/082 ผู้เรียกร้องเป็นนักลงทุนชาวรัสเซียที่เป็นเจ้าของหุ้นในธนาคารของรัฐผู้คัดค้าน ผู้เรียกร้อง อ้างว่าประกาศที่ออกโดยธนาคารแห่งชาติ ทำให้หุ้นของผู้เรียกร้องถูกระงับส่งผลให้ผู้เรียกร้องต้อง ขายหุ้นภายในวันที่กำหนด การกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (“BIT”) ผู้เรียกร้องจึงยื่นคำร้องขอให้อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินระงับประกาศฉบับดังกล่าวเป็น การชั่วคราวระหว่างรออนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินยก คำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว โดยให้เหตุผลว่าความเสียหายที่ผู้เรียกร้องได้รับจากการลงทุนสามารถ เยียวยาโดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้³⁶

³³ Stephen Benz, “STRENGTHENING INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION,” *Georgetown Journal of International Law*. p. 157-158.

³⁴ SANCHEZ, J. F., "Applying the Model Law's Standard for Interim Measures in International Arbitration," *Journal of International Arbitration*. p. 65.

³⁵ ANJA HAVEDAL, "Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2015-2016 " *SCC Practice Note* (2016).

³⁶ *Ibid.*

2.) ความเสียหายนั้นร้ายแรงกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวหากมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Balance of Convenience)

ความเสียหายที่คู่พิพาทฝ่ายผู้ยื่นคำร้องได้รับ หากความเสียหายดังกล่าวสามารถเยียวยาโดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ หรือเมื่อชั่งน้ำหนักกับความเสียหายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว คู่พิพาทฝ่ายผู้ยื่นคำร้องและคู่พิพาทฝ่ายผู้ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการดังกล่าวได้รับความเสียหายเท่ากัน ความเสียหายที่กล่าวข้างต้นนี้ไม่เข้ากรณี Article 17A นอกจากนี้ ความเสียหายจะต้องเกิดขึ้นกับคู่พิพาทที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากความเสียหายเกิดขึ้นกับคู่พิพาทอื่นที่ไม่ได้ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ความเสียหายตามกรณีดังกล่าวก็ไม่เข้าข่ายความเสียหายตามมาตรา 17³⁷

3.) มีความเป็นไปได้ตามควร (reasonable possibility) ที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะตามข้อเรียกร้อง ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดว่าความเป็นไปได้นี้จะต้องไม่ส่งผลต่อดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะเอาความเป็นไปได้นี้มาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินไม่ได้

คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต้องพิสูจน์ว่าตนมีโอกาสที่จะชนะในกรณีที่ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งการพิสูจน์ว่าคู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะหรือไม่ อนุญาโตตุลาการจะต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานที่คู่พิพาทยื่น โดยอนุญาโตตุลาการจะต้องคำนึงว่าคู่พิพาทยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ณ เวลาใด กล่าวคือ ยื่นก่อนหรือขณะที่อนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้ง ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่ยื่นในเวลาดังกล่าวมีเพียงพอสนับสนุนข้ออ้างหรือไม่ เช่น หากคู่พิพาทยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวห้ามคู่พิพาทอีกฝ่ายดำเนินคดีต่อศาล (anti-suit injunction) คู่พิพาทฝ่ายผู้ยื่นคำร้องจะต้องพิสูจน์ได้ว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายทำผิดข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยมีการชูว่าจะดำเนินคดีต่อศาลหรือดำเนินคดีต่อศาลแล้ว เป็นต้น³⁸

³⁷ SANCHEZ, J. F., "Applying the Model Law's Standard for Interim Measures in International Arbitration," *Journal of International Arbitration*. p. 69-71.

³⁸ Ibid. p. 73-75.

นอกจากจะต้องพิจารณาว่าผู้ยื่นคำร้องมีโอกาสชนะในข้อเรียกร้องหรือไม่ อนุญาโตตุลาการยังต้องพิจารณาว่าตนมีอำนาจเหนือประเทศดังกล่าว (jurisdiction) ในการออก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ หากการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการเข้า หลักเกณฑ์ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น อนุญาโตตุลาการจึงจะมีดุลพินิจในการเลือกและออกมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวที่เหมาะสม³⁹

4.) ความเร่งด่วน (Urgent)

แม้ความเร่งด่วนจะไม่บัญญัติใน Article 17A⁴⁰ ความเร่งด่วนถือเป็นองค์ประกอบหนึ่ง ที่สำคัญในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ เพราะความเร่งด่วนบังคับให้ อนุญาโตตุลาการต้องออกมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทก่อนที่ อนุญาโตตุลาการจะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท หากรอให้มีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการก่อน คู่พิพาท อาจได้รับความเสียหายซึ่งไม่อาจเยียวยาหรือแก้ไขได้ เพราะฉะนั้น อนุญาโตตุลาการจะไม่ออก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจนกว่าจะถึงเวลาที่จำเป็นเพื่อป้องกัน ความเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นได้ หากความเสียหายดังกล่าวยังคงเกิดขึ้นแม้ อนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็ไม่ควรก้าวล่วงความสัมพันธ์ของ คู่พิพาท

ในกรณีที่คู่พิพาทร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตาม Article 17(d) คือ มาตรการรักษาไว้ซึ่ง พยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอ คุ้มครองชั่วคราวสามารถแสดงเงื่อนไขสองประการที่กล่าวในขอบเขตที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่า เหมาะสม

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียว (ex parte)

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียว คือ มาตรการที่อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณา ฝ่ายเดียว (ex parte) โดยไม่แจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านทราบ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจ เกิดขึ้น หรือเพื่อป้องกันมิให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านโอนขาย ยักยอก หรือจำหน่ายทรัพย์สินที่พิพาทหรือ ทรัพย์สินของคู่พิพาทอันสำคัญต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

³⁹ Ibid. p. 76-77.

⁴⁰ เพราะความฉุกเฉินมีลักษณะใกล้เคียงกับเงื่อนไข ความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ในกฎหมายแม่แบบ See in "Telecino V Commission," (1993). p. 106-107.

คำถามที่ว่า “อนุญาโตตุลาการควรออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยสามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้หรือไม่” เป็นคำถามที่ถกเถียงท่ามกลางผู้ร่างกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model law) ซึ่งฝ่ายที่เห็นด้วยกับคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียวอ้างว่ามาตรการดังกล่าวจะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพ เพราะมาตรการดังกล่าวทำด้วยความรวดเร็ว (rapidity) และสร้างความประหลาดใจ (surprise) จนคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านไม่มีโอกาสโอน ขาย ยักยัก จำหน่ายทรัพย์สิน ในขณะที่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียวอ้างว่าการพิจารณาฝ่ายเดียวก่อให้เกิดความเสี่ยงในการรับฟังพยานหลักฐาน เพราะรับฟังพยานหลักฐานจากฝ่ายเดียวเท่านั้น⁴¹

โดยหลักแล้ว มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะต้องทำการพิจารณาพยานหลักฐานจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายอันสอดคล้องกับหลักกระบวนการพิจารณาโดยชอบ หรือศุภนิติกระบวนการ (due process) อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยทำการพิจารณาฝ่ายเดียวเป็นเรื่องที่นอกเหนืออำนาจของอนุญาโตตุลาการ เพราะผู้ที่มาเป็นอนุญาโตตุลาการได้จะต้องอยู่ภายใต้หลักความเป็นกลางและความเป็นอิสระ อีกทั้ง อนุญาโตตุลาการจะได้รับการแต่งตั้งเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น เพราะฉะนั้น อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยทำการพิจารณาฝ่ายเดียวจึงควรเป็นอำนาจของศาล อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของ UNCITRAL ก็บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาฝ่ายเดียว โดย The Secretariat of UNCITRAL อ้างว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวซึ่งพิจารณาฝ่ายเดียวอาจมีความเหมาะสมในกรณีที่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบของความประหลาดใจ (surprise) เพื่อให้คู่พิพาทซึ่งจะได้รับความเสียหายสามารถใช้มาตรการดังกล่าวล่วงหน้าได้ เช่น คำสั่งห้ามไม่ให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านยักยัก หรือถ่ายเททรัพย์สินออกนอกเขตอำนาจ หากอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่าย คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านอาจยักยักหรือถ่ายเททรัพย์สินในระหว่างเวลาที่คู่พิพาททราบถึงคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวและในเวลาทีอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ เป็นต้น⁴²

นอกจากนี้ ในรายงานการจัดทำกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model law) ยังมีกรกล่าวถึงเหตุผลในการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ ดังต่อไปนี้⁴³

⁴¹ Shadat Mohamed, "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales" (Degree of Doctor of Philosophy in Law Brunel University 2014). p. 132-135.

⁴² See UNCITRAL Working Session 2002 in draft revision of Article 17 Model Law. cited in ibid. p. 134.

⁴³ Ibid. p. 136-137.

1. คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวอาจแต่งตั้งทนายความที่ยังไม่คุ้นเคยกับข้อเท็จจริงของคดี ซึ่งทนายความจะต้องนำข้อเท็จจริงดังกล่าวไปยื่นต่อศาลเพื่อร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ทำให้อนุญาตตุลาการอยู่ในสถานะที่เหมาะสมที่จะประเมินความเร่งด่วนเพื่อออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมากกว่าศาลผู้ซึ่งรู้ข้อเท็จจริงเป็นครั้งแรก

2. คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวอาจใช้ภาษาที่แตกต่างจากศาล ทำให้คู่พิพาทเลือกที่จะเสนอข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเพื่อสนับสนุนคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของตนต่ออนุญาตตุลาการ

3. ในประเทศที่คู่พิพาทจะต้องไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวอาจมีอุปสรรคทางกฎหมาย กล่าวคือ ในประเทศดังกล่าวศาลอาจมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเฉพาะกรณีที่อนุญาตตุลาการไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ คู่พิพาทต้องไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาตตุลาการ

4. คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวอาจมีความมั่นใจในความรวดเร็ว ความเชี่ยวชาญ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นกลางของอนุญาตตุลาการ

การพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาตตุลาการปรากฏใน Article 17B และ 17C ใน section 2 อันว่าด้วยเรื่องการยื่นคำขอ และหลักเกณฑ์สำหรับการออกคำสั่งเบื้องต้นสำหรับคุ้มครองประโยชน์ของผู้ร้องจนกว่าอนุญาตตุลาการจะมีมติออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หรือแก้ไขคำสั่งเบื้องต้นนั้น หรืออีกความหมายหนึ่งคือ คำสั่งเบื้องต้น (preliminary order) เป็นการคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทในระหว่างที่รออนุญาตตุลาการพิจารณาคำขอเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยหลักแล้ว อนุญาตตุลาการจะมีคำสั่งดังกล่าวได้ต้องมีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านทราบก่อนและจะต้องทำการไต่สวนว่ามีเหตุที่ทำให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งตามที่ร้องขอได้หรือไม่ แต่ในคำสั่งเบื้องต้นนี้ อนุญาตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้แม้ไม่ได้แจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านทราบ แต่การออกคำสั่งดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าภายหลังอนุญาตตุลาการต้องรับฟังคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้งและสามารถแก้ไขยกเลิกคำสั่งได้⁴⁴

คำสั่งเบื้องต้นจึงเป็นมาตรการเบื้องต้นก่อนการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างพิจารณา ซึ่งคำสั่งเบื้องต้นในทุกกรณีจะมีระยะเวลาคุ้มครองซึ่งผูกพันคู่พิพาทได้ไม่เกินกว่า 20 วัน

⁴⁴ Waraporn Thong-intr, "เรื่องไม่ใหม่ที่กฎหมายอนุญาตตุลาการไทยไม่มี: มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาตตุลาการ" [Online] Accessed: 27 ตุลาคม 2565. Available from: <https://www.wcclawoffice.com>

และคำสั่งเช่นนั้นจะไม่ตกอยู่ภายใต้คำบังคับของศาล และไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดแต่อย่างใด ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ปรากฏใน section นี้ ให้นำไปใช้กับเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวด้วย

หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้น

ใน Article 17 section 3 บัญญัติเรื่องหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งเบื้องต้น โดย Article 17D กำหนดว่าอนุญาโตตุลาการอาจแก้ไข ระบุ หรือยุติชั่วคราวซึ่งมาตรการหรือคำสั่งเบื้องต้นที่ได้ให้ไว้ เมื่อมีคู่พิพาทร้องขอ หรือเมื่อมีพฤติการณ์พิเศษและได้แจ้งให้คู่พิพาททราบแล้ว

Article 17E กำหนดเรื่องการจัดหาหลักประกัน กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการอาจให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจัดหาหลักประกันที่เหมาะสมกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวรวมถึงคำสั่งเบื้องต้นด้วย แต่ในกรณีคำสั่งเบื้องต้น หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการไม่เหมาะสมหรือไม่มีความจำเป็นต้องทำ คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอไม่จำเป็นต้องหาหลักประกัน

Article 17F กำหนดเรื่องหลักการเปิดเผยข้อมูล อนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปิดเผยข้อมูลใด ๆ โดยทันทีที่มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในสถานการณ์อันเป็นสาเหตุในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ส่วนคำสั่งเบื้องต้น คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยต่ออนุญาโตตุลาการทุกพฤติการณ์ที่มีแนวโน้มว่าจะเกี่ยวข้องกับคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการว่าจะให้หรือคงคำสั่งไว้หรือไม่ และภาระผูกพันดังกล่าวจะคงอยู่ต่อไปจนกว่าคู่พิพาทที่ได้รับการร้องขอคำสั่งจากอนุญาโตตุลาการได้มีโอกาสนำเสนอคดี

Article 17G กำหนดว่าคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราว หรือคำสั่งเบื้องต้นในการพิจารณาคดีจะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายซึ่งเกิดจากมาตรการหรือคำสั่งนั้น หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่าในพฤติการณ์ไม่ควรออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้

2.4.3 การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

ใน Article 17 section 4 เป็นเรื่องเกี่ยวกับการบังคับและการยอมรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ โดย Article 17H กำหนดรองรับสภาพบังคับของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับการยอมรับและมีผลผูกพัน เว้นแต่อนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงประเทศที่ออกมาตรการคุ้มครอง

ชั่วคราวภายใต้บทบัญญัติ Article 17I นอกจากนี้ Article 17H กำหนดว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ได้รับการยอมรับหรือการบังคับใช้ หากมีการยกเลิก ระงับ หรือปรับเปลี่ยนมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องแจ้งให้ศาลทราบโดยทันที และศาลของรัฐซึ่งเป็นสถานที่ยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว อาจให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจัดหาหลักประกันที่เหมาะสมได้ถ้าเห็นสมควร ถ้าอนุญาตตุลาการยังไม่ได้มีคำสั่งให้จัดหาหลักประกัน หรือการตัดสินใจดังกล่าวจำเป็นต้องปกป้องสิทธิของบุคคลที่สาม

ส่วน Article 17I กำหนดเหตุที่ศาลจะนำมาปฏิเสธการยอมรับและการบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นสองกรณี

กรณีแรก เมื่อคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวร้องขอ และเป็นที่พอใจแก่ศาลว่า

ประการแรก การปฏิเสธดังกล่าวได้รับการรับประกันตามเหตุผลที่กำหนดไว้ใน Article 36(1)(a)(i), (ii), (iii) หรือ (iv) คือ คู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลที่ไร้ความสามารถ หรือข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวไม่เป็นไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทใช้บังคับหรือคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด หรือคู่พิพาทไม่ได้รับการแจ้งให้ทราบอย่างเหมาะสมเกี่ยวกับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือไม่สามารถนำเสนอคดีได้ หรือการตัดสินใจในเรื่องคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการอยู่นอกเหนือขอบเขตของการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของคู่พิพาท หรือการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่เป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาท หรือไม่เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่อนุญาโตตุลาการเกิดขึ้น

ประการที่สอง กรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอไม่ยอมวางหลักประกันตามที่อนุญาโตตุลาการกำหนด

ประการที่สาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวถูกยกเลิกหรือระงับโดยอนุญาโตตุลาการหรือโดยศาลที่มีอำนาจในประเทศที่เป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการหรือภายใต้กฎหมายที่ออกมาตรการชั่วคราวนั้น

กรณีที่สอง ถ้าศาลเห็นว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่สอดคล้องกับอำนาจที่มอบให้กับศาล เว้นแต่ศาลจะตัดสินใจให้ปรับเปลี่ยนมาตรการคุ้มครองชั่วคราวใหม่เท่าที่จำเป็นเพื่อปรับให้เข้ากับอำนาจและกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของตนเองเพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยไม่มี การเปลี่ยนแปลงส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หรือมีเหตุใด ๆ ที่กำหนดไว้ ใน Article 36(1)(b)(i) หรือ (ii) คือ ประเด็นข้อพิพาทอันเป็นสาระสำคัญไม่สามารถระงับได้โดย อนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศ หรือการยอมรับหรือการบังคับใช้มาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวจะขัดต่อนโยบายสาธารณะของประเทศ ทั้งนี้ การพิจารณาใด ๆ ของศาลตามที่ได้กล่าวมา ข้างต้นจะมีผลกับกรณีที่ยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเท่านั้น

2.4.4 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลกับอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เป็นไปในลักษณะที่ทั้งอนุญาโตตุลาการและศาลต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ให้อำนาจคู่พิพาทสามารถเลือกร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อ อนุญาโตตุลาการหรือศาลก็ได้ (Free choice Model)

2.5 แนวคิดเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน อนุญาโตตุลาการ

2.5.1 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของ UNCITRAL⁴⁵

ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการข้อที่ 26 ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออก คำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ หากคู่กรณีร้องขอ โดยข้อที่ 26 ในข้อบังคับของ UNCITRAL มี ลักษณะเช่นเดียวกับ Article 17 ที่บัญญัติในกฎหมายแม่แบบ กล่าวคือ มีการบัญญัตินิยามมาตรการ คุ้มครองชั่วคราว อันหมายถึงมาตรการที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราว โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้ จะต้องมียุติในเวลาที่ใด ๆ ก่อนที่จะมีการออกคำชี้ขาดซึ่งเป็นการตัดสินข้อพิพาทในท้ายที่สุด และมีการ ยกตัวอย่างอย่างประเภของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งได้ (for example and without limitation) ซึ่งมีสี่ประเภท ได้แก่ประเภทแรก มาตรการที่รักษา สถานะปัจจุบัน หรือสถานะเดิมของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาข้อพิพาท (Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute) ประเภทที่สอง มาตรการที่ป้องกันหรือยุติ การกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสียความยุติธรรมต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause,

⁴⁵ UNCITRAL, "Uncitral Arbitration Rules (2021) Uncitral Expedited Arbitration Rules Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration," [Online] Accessed: 13 October 2021. Available from: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-book.pdf

(i) current or imminent harm or (ii) prejudice to the arbitral process itself) ประเภทที่สาม มาตรการที่สงวนรักษาทรัพย์สินเพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ (Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied) และประเภทที่สี่ มาตรการรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท (Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute) แสดงให้เห็นว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทอื่น ๆ นอกเหนือจากตัวอย่างที่กำหนดในข้อบังคับข้อที่ 26

นอกจากนี้ในข้อบังคับยังมีการกำหนดเงื่อนไขในการออกมาตรการชั่วคราวว่า คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามข้อบังคับข้อที่ 26(2)(a)(b) และ (c) คือมาตรการที่รักษาสถานะปัจจุบัน หรือสถานะเดิมของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาข้อพิพาท มาตรการที่ป้องกันหรือยุติการกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสียความยุติธรรมต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และมาตรการที่สงวนรักษาทรัพย์สินเพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอต้องแสดงให้เห็นว่า

ประการแรก ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ (Harm not adequately reparable) โดยคำชี้ขาดข้อพิพาท หากไม่มีการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และความเสียหายนั้นร้ายแรงกว่า (substantially outweighs) ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ประการสอง มีความเป็นไปได้ตามควร (reasonable possibility) ที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะในมูลคดี ทั้งนี้ กฎหมายนี้ได้กำหนดว่าความเป็นไปดังกล่าวจะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น อนุญาโตตุลาการจะเอาความเป็นไปได้นี้มาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินไม่ได้

ในกรณีที่คู่พิพาทร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตามข้อบังคับข้อที่ 26(d) คือ มาตรการรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวสามารถแสดงเงื่อนไขสองประการที่กล่าวในขอบเขตที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม

ข้อบังคับดังกล่าวยังกำหนดว่า อนุญาโตตุลาการอาจแก้ไข ระงับ หรือยุติชั่วคราวซึ่ง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเมื่อมีคู่พิพาทร้องขอหรือเมื่อมีพฤติการณ์พิเศษและได้แจ้งให้คู่พิพาททราบ

แล้ว และอนุญาโตตุลาการอาจให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจัดหาหลักประกันที่เหมาะสมกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการอาจกำหนดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปิดเผยข้อมูลใด ๆ โดยทันทีที่มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในสถานการณ์ซึ่งเป็นสาเหตุในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อีกทั้ง อนุญาโตตุลาการอาจให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายซึ่งเกิดจากมาตรการนั้น หากอนุญาโตตุลาการเห็นว่ามิพบพฤติการณ์ไม่ควรออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้

นอกจากคู่พิพาทจะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทยังร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลได้อีกด้วย ดังปรากฏในข้อบังคับข้อที่ 26(9) ซึ่งได้กำหนดให้คู่กรณีสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลได้ซึ่งการร้องขอดังกล่าวไม่ขัดกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ แสดงให้เห็นว่าศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นเดียวกัน ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจึงเป็นไปในลักษณะที่ทั้งอนุญาโตตุลาการและศาลต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Free Choice Model)

2.5.2 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของหอการค้าระหว่างประเทศ (ICC)⁴⁶

หอการค้าระหว่างประเทศ (ICC) เป็นองค์กรธุรกิจที่ใหญ่ที่สุดในโลก โดยมีเครือข่ายสมาชิกทั่วโลกกว่า 6 ล้านคนในกว่า 100 ประเทศ ICC สร้างสรรค์ผลิตภัณฑ์ที่มีชื่อเสียงระดับโลกซึ่งอำนวยความสะดวกด้านการค้าระหว่างประเทศมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2479 โดยวัตถุประสงค์ของ ICC คือ ส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศและธุรกิจทั่วโลก กำกับดูแลการค้าและธุรกิจดังกล่าวด้วยการสนับสนุนนโยบาย และกำหนดมาตรฐานของกิจกรรมตลอดจนการระงับข้อพิพาท

ในประเด็นเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของหอการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการปรับปรุงแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2564 ข้อ 28(1) ได้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวว่า “เว้นแต่บรรดาคู่พิพาทจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ทันทันทีที่ได้ส่งสำนวนความไปยังอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอ อนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวใดตามที่เห็นสมควรก็ได้ อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้ใช้มาตรการเช่นว่านั้นภายใต้เงื่อนไขว่าคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอต้องจัดหาหลักประกันที่เหมาะสมมามอบไว้ด้วยก็ได้ ในการกำหนดมาตรการเช่นว่านี้ อาจทำเป็นคำสั่งพร้อมให้เหตุผลหรือทำเป็นคำชี้ขาดก็ได้แล้วแต่อนุญาโตตุลาการจะเห็นสมควร”

⁴⁶ ICC, "About Icc," [Online] Accessed: 13 October 2021. Available from: <http://www.iccthailand.or.th/home/>

ข้อบังคับนี้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หากอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรเมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ โดยอนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำขอจัดหาหลักประกันมาวางไว้ เพื่อป้องกันการนำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมาใช้ประวิงการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ

ข้อ 28(2) กำหนดว่า ก่อนที่สำนวนความส่งไปยังอนุญาโตตุลาการ และในสถานการณ์ที่เหมาะสมคู่พิพาทอาจร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลที่มีอำนาจ การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลไม่ถือว่าเป็นการผิดสัญญาอนุญาโตตุลาการ และไม่มีผลกระทบต่ออำนาจที่สงวนไว้ให้อนุญาโตตุลาการ คำขอตกลงและมาตรการใด ๆ ที่ดำเนินการโดยศาลจะต้องแจ้งให้ Secretariat ทราบโดยไม่ชักช้า แล้ว Secretariat จะแจ้งให้อนุญาโตตุลาการทราบ

เมื่อพิจารณาข้อบังคับของ ICC ดังกล่าว จะเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นไปในลักษณะที่ทั้งอนุญาโตตุลาการและศาลต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทสามารถเลือกได้ว่าจะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการ หรือจะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลที่มีอำนาจ (Free Choice Model)

นอกจากนี้ ข้อบังคับของ ICC ยังกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน (Emergency arbitrator) กล่าวโดยสรุป ในกรณีฉุกเฉิน คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะได้รับการแต่งตั้ง คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการภาคผนวก 5 ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน ซึ่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินมีคำสั่งนั้น มีผลผูกพันให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตาม ดังปรากฏในข้อบังคับข้อที่ 29

2.6 บทสรุป

จากการศึกษากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL อันเป็นกฎหมายที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวทางในทางปฏิบัติเรื่องการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่ประเทศทั่วโลกส่วนใหญ่ยอมรับ และข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียง เช่น UNCITRAL และ ICC พบว่านอกจากศาลจะมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเช่นเดียวกัน โดยในกฎหมายและข้อบังคับของสถาบันดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของคู่พิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ประเภทของมาตรการ

คุ้มครองชั่วคราวที่คู่พิพาทมีสิทธิร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการ หลักเกณฑ์ที่อนุญาโตตุลาการจะใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ตลอดจนกำหนดให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้พิจารณาถึงหลักการและแนวคิดเรื่องการอนุญาโตตุลาการและมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจนสามารถมองเห็นภาพรวมในเรื่องดังกล่าวได้ ในบทถัดไป ผู้ศึกษาจะนำเสนอถึงหลักเกณฑ์การใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว



บทที่ 3

หลักเกณฑ์และปัญหาการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

3.1 บทนำ

กฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยเพื่อระงับข้อพิพาททางแพ่งหรือพาณิชย์ไม่ว่าจะเป็นด้านการค้าหรือการลงทุน นอกจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 210-220 และมาตรา 222 แล้ว ยังมีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการในศาล ส่วนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการนอกศาล

ในกรณีที่การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นนอกศาล คู่พิพาทอาจตกลงดำเนินการระงับข้อพิพาททางการอนุญาโตตุลาการด้วยตนเอง หรืออาจใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่ในประเทศไทย เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI -Thai Arbitration Institute, Office of the Judiciary) สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC - Thailand Arbitration Centre) ซึ่งการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นนอกศาลนี้ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการของคู่กรณีพิพาทเอง หรือการใช้บริการของสถาบันอนุญาโตตุลาการล้วนอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายฉบับเดียวกัน คือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 หลักเกณฑ์และรายละเอียดต่าง ๆ ในการอนุญาโตตุลาการรวมถึงเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจึงมีหลักเหมือนกัน เพียงแต่การเลือกใช้บริการจากสถาบันอนุญาโตตุลาการจะมีข้อบังคับที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งคู่พิพาทรวมถึงตัวอนุญาโตตุลาการต้องตกอยู่ภายใต้บังคับและต้องปฏิบัติตามข้อบังคับเหล่านั้น⁴⁷

เพื่อให้สามารถมองเห็นภาพรวมของการใช้มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ตลอดจนมองเห็นปัญหาของการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ในบทที่ 3 ตอนต้น ผู้ศึกษาจะนำเสนอกฎหมายรวมถึงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง และในส่วนถัดไป ผู้ศึกษาจะนำเสนอถึงปัญหาจากการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายและข้อบังคับว่าด้วยการ

⁴⁷ เสาวนีย์ อิศวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า. 49.

อนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้อง โดยปัญหาที่ถุกกล่าวถึงในบทนี้จะนำไปวิเคราะห์รายละเอียดในประเด็นทางกฎหมายในบทที่ 5 ต่อไป

3.2 การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายและข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย

3.2.1 การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นพระราชบัญญัติที่ยึดเอากฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าแห่งสหประชาชาติ ปี ค.ศ. 1985 (Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law) มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย⁴⁸ โดยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวใช้ได้กับทั้งการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ และอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศ สำหรับขอบเขตของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้ระบุว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้เฉพาะเรื่องการค้ำเท่านั้นดังเช่นกฎหมายแม่แบบ อีกทั้งอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่ประเทศไทยลงนามไม่ได้ตั้งข้อสงวนสิทธิตามมาตรา 1(3) ที่จะใช้อนุสัญญานี้เฉพาะกับคำชี้ขาดทางการค้า ดังนั้น พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจึงใช้บังคับกับข้อพิพาทได้ทุกประเภท หากข้อพิพาทไม่เป็นข้อพิพาทต้องห้ามอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชน⁴⁹

การคุ้มครองชั่วคราว

ในประเด็นเรื่องการคุ้มครองชั่วคราว พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 บัญญัติไปในลักษณะทำนองเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ปี ค.ศ. 1985 มาตรา 9 ซึ่งได้กำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว โดยไม่นำเอามาตรา 17 ซึ่งเป็นมาตราที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แม้ในปี ค.ศ. 2006 กฎหมายแม่แบบได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งมีรายละเอียดเพิ่มขึ้นจากมาตรา 17 เดิม แต่ก็ไม่ปรากฏว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขใด ๆ ในเรื่องดังกล่าว

⁴⁸ กนกพรธรรม ชลชวลิต, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://thac.or.th/th/>

⁴⁹ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2557), หน้า. 44.

มาตรา 16 บัญญัติว่า “คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่ง ถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว”

เมื่อพิจารณามาตรา 16 วรรคหนึ่ง จะเห็นว่ามาตราดังกล่าววางหลักเรื่องการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท ซึ่งการคุ้มครองชั่วคราวสามารถกระทำได้สองกรณี คือ กรณีแรก การคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่จะมีการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ และกรณีที่สอง การคุ้มครองชั่วคราวขณะการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ แม้ตัวบทจะใช้คำว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นกรณีก่อนดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ แต่ก็ต้องหมายความรวมถึงคู่พิพาทซึ่งเป็นกรณีขณะดำเนินการทางอนุญาตตุลาการด้วย⁵⁰ ซึ่งการคุ้มครองทั้งสองกรณี คู่พิพาทซึ่งเป็นคู่สัญญาจะต้องยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ส่วนศาลจะมีคำสั่งตามที่คู่กรณีพิพาทร้องขอหรือไม่ ให้นำบทบัญญัติในกรณีที่มีการพิจารณาคดีในศาลมาบังคับใช้โดยอนุโลม กล่าวคือ หากเป็นกรณีที่มีการดำเนินคดีในศาลแล้วศาลจะสั่งได้หรือไม่ประการใดก็ให้ดำเนินการเช่นเดียวกัน แม้มาตรา 16 นี้จะไม่ได้ระบุว่าคุ้มครองในเรื่องใดบ้าง แต่มีคำแนะนำว่า⁵¹ การคุ้มครองชั่วคราวควรจะเป็นเรื่องดังนี้ คือ การเก็บรักษาวัตถุ การเก็บรักษาพยานหลักฐาน มาตรการร้องขอจากบุคคลภายนอก และการบังคับมาตรการต่าง ๆ ทั้งนี้ มาตรา 16 ให้อำนาจศาลวินิจฉัยเพียงว่าเข้าเหตุตามหลักเกณฑ์คุ้มครองชั่วคราวหรือไม่เท่านั้น ส่วนเนื้อหาของข้อพิพาทเป็นอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการ ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3883 - 3884/2559 ซึ่งมีรายละเอียดว่า⁵² “ผู้ร้องทั้งหกได้เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนัก ระเบียบข้อพิพาท (เดิม) สำนักงานศาลยุติธรรม โดยยกข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลัก แห่งข้อหาว่า ผู้ร้องทั้งหกเป็นผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินและบ้านพิพาทที่ได้ร่วมกันเช่าจากผู้คัดค้านที่ 2 ต่อมาผู้

⁵⁰ Ibid. p. 61.

⁵¹ Ibid. p. 107.

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3883 - 3884/2559[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: https://www.smartdeka.com/each_deka/

คัดค้านทั้งสองกับพวกได้ร่วมกันเข้าไปในที่ดินและบ้านพิพาทที่อยู่ในความครอบครองของผู้ร้องทั้งห เพื่อถือการครอบครองทั้งหมดหรือแต่บางส่วนอันเป็นการรบกวนการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของผู้ร้องทั้งหกโดยปกติสุข และได้เปลี่ยนกุญแจบ้าน ประตูห้องนอน ประตูรั้วบ้าน ตัดน้ำ ตัดไฟ ชัปลั บรวิหารของผู้ร้องทั้งหก ออกจากบ้าน ซึ่งไม่มีสิทธิกระทำได้โดยขอให้อนุญาตศาลามีคำสั่งชัปลั ผู้ คัดค้านทั้งสองและบริวารออกไปจากที่ดินและบ้านพิพาท ให้ส่งมอบที่ดิน และบ้านในสภาพคงเดิม และให้ผู้คัดค้านทั้งสองร่วมกันชำระค่าเสียหาย และผู้ร้องทั้งหกได้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อ ศาลก่อนที่อนุญาตศาลามีคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาด โดยขอให้มีคำสั่งห้ามผู้คัดค้านทั้งสองเข้าไปในที่ดิน และบ้านพิพาทอันเป็นการรบกวนการครอบครองโดยปกติสุขของผู้ร้องทั้งหกให้ดำเนินการแก้ไข เพื่อให้ผู้ร้องทั้งหกสามารถเข้าอยู่อาศัยในที่ดินและ บ้านพิพาทได้เป็นการชั่วคราวก่อนที่ อนุญาตศาลามีคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งเป็นการขอให้ศาลมีคำสั่งในอันที่จะบรรเทาความ เดือดร้อนเสียหาย ที่ผู้ร้องทั้งหกอาจได้รับต่อไป เนื่องจากการกระทำของผู้คัดค้านทั้งสอง จนกว่าคดี จะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 (2) เมื่อข้อเรียกร้องของผู้ร้องทั้งหก มีมูลและมีเหตุผลเพียงพอ ผู้ร้องทั้งหกจึงร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ก่อนมีคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตศาลามีคำสั่งได้

ปัญหาว่าการจดทะเบียนการเช่าที่ดินพิพาทชอบหรือไม่ เป็นกรณี มีข้อพิพาทหรือข้อ ขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างผู้คัดค้านทั้งสองกับผู้ร้องทั้งหก ซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาเช่าที่ดิน ข้อ 15.5 ระบุว่าในกรณีมีข้อพิพาทหรือ ข้อโต้แย้งใด ๆ เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาหรือเกิดขึ้นจากสัญญานี้ ไม่ สามารถ ตกลงกันได้โดยคู่สัญญาค้างกัน คู่สัญญาตกลงเสนอข้อพิพาทต่อสถาบัน อนุญาตศาลามีคำสั่งชัปลั สำนักงานกระงับข้อพิพาท (เดิม) สำนักงานศาลยุติธรรม ผู้คัดค้านทั้งสองชอบที่จะเสนอข้อ พิพาทต่อ สถาบันอนุญาตศาลามีคำสั่งชัปลั สำนักงานกระงับข้อพิพาท (เดิม) สำนักงานศาลยุติธรรม ตามข้อสัญญา ปัญหา ดังกล่าว ไม่ใช่ประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดในชั้นขอคุ้มครองชั่วคราว ก่อนพิพากษาแต่อย่างใด

ปัญหาว่ามีเหตุผลสมควรให้เพิกถอนการจดทะเบียนการเช่าที่ดิน พิพาทไว้ชั่วคราวก่อน มี คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตศาลามีคำสั่งชัปลั ตามคำร้องขอ คุ้มครองชั่วคราวของผู้คัดค้านที่ 2 หรือไม่ คำ ร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ของผู้คัดค้านที่ 2 เป็นการขอตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 (3) ในการพิจารณาตามคำร้องขอต้องเป็นที่พอใจของศาลว่า ผู้ร้องทั้งหกจะดำเนินการให้ มีการจดทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอน การจดทะเบียน ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ คัดค้านที่ 2 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 (3) (ก) แต่ตามคำร้องขอ คุ้มครองชั่วคราวของผู้คัดค้านที่ 2 อ้างเหตุในคำร้องขอแต่เพียงว่า การจดทะเบียน การเช่าที่ดิน

พิพาทไม่ชอบ โดยไม่ปรากฏเหตุว่าผู้ร้องทั้งหกจะไปดำเนินการ จดทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนหรือเพิกถอนการจดทะเบียน ในที่ดินพิพาทแต่อย่างใด ไม่มีเหตุสมควรที่จะใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราวตาม คำร้องขอของผู้คัดค้านที่ 2

สำหรับมาตรา 16 วรรคสอง เป็นกรณีที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลก่อนที่จะมีการดำเนินการตามอนุญาโตตุลาการ มาตรานี้กำหนดให้คู่สัญญาหรือคู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต้องไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง หรือภายในระยะเวลาที่กำหนด หากถ้าคู่สัญญาหรือคู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ก็ให้ถือว่าคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ซึ่งการเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้สี่กรณีตามที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 27 กำหนดไว้ กล่าวคือ กรณีแรก เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ กรณีที่สอง เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น กรณีที่สาม เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดอนุญาโตตุลาการไว้ กรณีที่สี่ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาท โดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันได้

เมื่อพิจารณามาตรา 16 วรรคสอง จะเห็นว่า การยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตาม มาตรานี้ไม่อาจถือว่าคู่สัญญาหรือคู่พิพาทแล้วแต่กรณีสละข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นสาเหตุให้สัญญาอนุญาโตตุลาการสิ้นผลผูกพัน เนื่องจากคู่สัญญาหรือคู่พิพาทที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล ในกรณีที่ยังไม่มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการยังคงมีความผูกพันตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ จะต้องนำข้อพิพาทมาเสนอต่ออนุญาโตตุลาการภายใน 30 วัน เพราะหากไม่มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาดังกล่าว คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็จะสิ้นผลไป การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ ทำให้ปราศจากข้อสงสัยเรื่องการขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลเป็นเรื่องการสละข้อตกลงอนุญาโตตุลาการหรือไม่⁵³ อันสอดคล้องกับมาตรา 9 ในกฎหมายแม่แบบซึ่งกำหนดว่าคู่พิพาท

⁵³ ธวัชชัย สุวรรณพานิช, คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 หน้า. p. 106.

สามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลก่อนหรือระหว่างการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการก็ได้ ซึ่งการร้องขอดังกล่าวไม่ขัดกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ

สำหรับขอบเขตการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว⁵⁴ เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้ระบุขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบตามมาตรา 1(2) ซึ่งระบุว่าคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวสามารถใช้บังคับได้ไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินในประเทศใดก็ตาม ดังนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับนี้จึงยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าศาลไทยจะคุ้มครองชั่วคราวคู่พิพาทดำเนินการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศได้หรือไม่ แต่กระนั้น หากเป็นกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งมีทรัพย์สินในประเทศไทย ซึ่งศาลประเทศอื่นไม่มีอำนาจคุ้มครองชั่วคราวทรัพย์สินในประเทศไทยได้ กรณีนี้ศาลไทยน่าจะมีความคุ้มครองชั่วคราวได้

ในประเด็นเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับการใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว เนื่องจากคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นเรื่องที่กระทบต่อสิทธิของคู่พิพาทโดยตรง อีกทั้ง การอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวก็ไม่ขัดขวางต่อการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการพิจารณาต่อไปได้⁵⁵ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงวางหลักให้มีการอุทธรณ์คำสั่งของศาลเกี่ยวกับการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ โดยการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวจะต้องอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 ไม่ได้ระบุว่าให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน แต่ระบุให้อำนาจดังกล่าวกับศาล

3.2.2 การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 บัญญัติว่า “คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้น หากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม...”

⁵⁴ Ibid. p. 107-108.

⁵⁵ ข้อพิจารณาของฝ่ายเลขานุการตามที่ได้รับมอบหมายจากที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ในการประชุมครั้งที่ 2/2526 หน้า 3. อ้างถึงใน นฤมล กิจสินธพชัย, มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ, หน้า. 171.

ในกรณีที่คดีข้อพิพาทเป็นคดีแพ่ง บทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลที่จะนำมาใช้บังคับโดยอนุโลม คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 253-270 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาไว้ โดยมาตราที่ได้กล่าวมาในตอนต้นนี้สามารถแยกได้เป็นสามกรณี ได้แก่ กรณีแรก คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาตามมาตรา 253 กรณีที่สอง คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาตามมาตรา 254 กรณีที่สาม คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องและคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านคุ้มครองประโยชน์ระหว่างพิจารณาตามมาตรา 264

3.2.2.1 คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านขอคุ้มครองชั่วคราว

มาตรา 253 บัญญัติว่า “ถ้าโจทก์มิได้มีภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานอยู่ในราชอาณาจักรและไม่มีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้อยู่ในราชอาณาจักร หรือถ้าเป็นที่เชื่อได้ว่าเมื่อโจทก์แพ้คดีแล้วจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย จำเลยอาจยื่นคำร้องต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนพิพากษาขอให้ศาลมีคำสั่งให้โจทก์วางเงินต่อศาลหรือหาประกันมาให้เพื่อการชำระค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้...”

การที่มาตรา 253 บัญญัติให้สิทธิแก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านเท่านั้นที่จะขอใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวที่บัญญัติในมาตรานี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน เพราะกฎหมายมองว่า คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านควรได้รับการชดเชยซึ่งค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปเนื่องจากการถูกดำเนินการอนุญาตต่อตุลาการหากในท้ายที่สุดอนุญาตต่อตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านเป็นฝ่ายชนะคดี แม้ในทางปฏิบัติ เมื่ออนุญาตต่อตุลาการมีคำสั่งชี้ขาดให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องแพ้คดีอนุญาตต่อตุลาการย่อมกำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องคดีชำระค่าใช้จ่ายให้กับคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน แต่หากรอให้ถึงเวลาดังกล่าวอาจเกิดเหตุการณ์ที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องย้ายภูมิลำเนาไปจากถิ่นที่อยู่เดิมหรือยกย้ายถ่ายเททรัพย์สิน ทำให้ไม่อาจบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินเพื่อนำมาชำระค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านได้ ด้วยเหตุนี้เอง กฎหมายจึงบัญญัติให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องวางเงินต่อศาลหรือหาประกันมาให้เพื่อชำระค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายที่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านอาจได้รับการใช้แทนจากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องตามคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาตต่อตุลาการ⁵⁶ ซึ่งเหตุที่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านจะขอคุ้มครองชั่วคราวนั้นมีอยู่สองกรณี ได้แก่

⁵⁶ ศักรินทร์ บุณรอด, "การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ" (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า. 83.

กรณีแรก คือ คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมิได้มีภูมิลำเนาหรือสำนักทำการงานอยู่ในราชอาณาจักรและไม่มีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้อยู่ในราชอาณาจักร

กรณีที่สอง คือ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องแพ้คดีแล้วจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย

คำร้องตามมาตรา 253 กฎหมายมิได้บัญญัติให้ทำการพิจารณาฝ่ายเดียว ได้การสำเนาให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง และการไต่สวนพยานยอมอยู่ในบังคับของมาตรา 21(2) และ(4) กล่าวคือ ห้ามมิให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตทำคำสั่งในเรื่องนั้น โดยมีให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสคัดค้านก่อน และศาลมีอำนาจทำการไต่สวนได้ตามที่เห็นสมควรก่อนที่จะมีคำสั่งตามคำขอ⁵⁷

3.2.2.2 คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา

มาตรา 254 บัญญัติว่า “ในคดีอื่น ๆ นอกจากคดีโมโนสารเร่ โจทก์ขอขบที่จะยื่นต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องหรือในเวลาใด ๆ ก่อนพิพากษา ซึ่งคำขอฝ่ายเดียว ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งภายในบังคับแห่งเงื่อนไขซึ่งจะกล่าวต่อไป เพื่อจัดให้มีวิธีคุ้มครองใด ๆ ดังต่อไปนี้

(1) ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของจำเลยทั้งหมดหรือบางส่วนไว้ก่อนพิพากษา รวมทั้งจำนวนเงินหรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งถึงกำหนดชำระแก่จำเลย

(2) ให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิดหรือการผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือมีคำสั่งอื่นใดในอันที่จะบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่โจทก์อาจได้รับต่อไปเนื่องจากการกระทำของจำเลยหรือมีคำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้จำเลยโอน ขาย ยักย้ายหรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของจำเลย หรือมีคำสั่งให้หยุดหรือป้องกันการเปลืองไปเปล่าหรือการบอบสลายซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งนี้ จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

(3) ให้ศาลมีคำสั่งให้นายทะเบียน พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลอื่นผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ระงับการจดทะเบียน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน หรือการเพิกถอนการจดทะเบียนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของจำเลยหรือที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ถูก

⁵⁷ สมชัย ธีฆาตุตมาร, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีกรชั่วคราวก่อนพิพากษา (กรุงเทพมหานคร: บริษัททฤษฎาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2561), หน้า. 13.

ฟ้องร้องไว้ชั่วคราวจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

(4) ให้จับกุมและกักขังจำเลยไว้ชั่วคราว...”

มาตรา 254 กำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องเท่านั้นที่สามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ได้ เพราะคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องเป็นคู่พิพาทที่มีคำขอตามข้อเรียกร้องให้บังคับเอาแก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน ในขณะที่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านไม่ได้มีข้อเรียกร้องบังคับเอาแก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านแต่อย่างใด เพียงแต่ต่อสู้ให้ตัวเองพ้นผิด ซึ่งคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรานี้ได้⁵⁸ คู่พิพาทจะต้องไม่ใช่คู่พิพาทที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ไม่เกินสามแสนบาท หรือฟ้องขับไล่บุคคลใด ๆ ออกจากอสังหาริมทรัพย์อันมีค่าเช่าหรืออาจให้เช่าได้ในขณะยื่นฟ้องไม่เกินเดือนละสามหมื่นบาท

คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนได้ 4 กรณี ได้แก่

กรณีแรก กรณีตามมาตรา 254(1) ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านทั้งหมดหรือบางส่วนไว้ก่อนอนุญาตตุลาการมีคำชี้ขาด รวมทั้งจำนวนเงินหรือทรัพย์สินของบุคคลภายนอกซึ่งถึงกำหนดชำระแก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน

มาตรการดังกล่าวถูกนำมาใช้เพื่อให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านโอน ขาย ยักย้ายหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านในระหว่างการพิจารณาของอนุญาตตุลาการ เพื่อให้พ้นจากอำนาจศาล หรือเพื่อประวิงหรือขัดขวางต่อการบังคับคดีตามคำบังคับใด ๆ ซึ่งอาจจะออกบังคับเอากับคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน หรือเพื่อทำให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องเสียหายเปรียบ ทำให้คำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵⁹

คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะร้องขอให้ศาลยึดหรืออายัดทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านได้เมื่อคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมีข้อเรียกร้องให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านชำระหนี้เงิน ส่วนกรณีให้ยึด

⁵⁸ ศักรินทร์ บุญรอด, "การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ," หน้า. 67.

⁵⁹ สมชัย วิชาอุดมกร, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา, หน้า. 55.

หรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาท คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องต้องมีชื่อเรียกร้องให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านให้ส่งคืน หรือส่งมอบทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง⁶⁰

กรณีที่สอง กรณีตามมาตรา 254(2) อันมีลักษณะเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่รักษาสถานะเดิมของคู่พิพาท ได้แก่

1. คำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไป ซึ่งการละเมิดหรือการผิดสัญญาหรือการกระทำที่ถูกร้อง หรือมีคำสั่งอื่นใดในอันที่จะบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องอาจได้รับต่อไปเนื่องจากการกระทำของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน

คำสั่งห้ามชั่วคราวเป็นวิธีการที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องอาจขอให้ศาลนำมาใช้บังคับในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมีชื่อเรียกร้องที่กล่าวอ้างว่าคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านละเมิด กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิด การผิดสัญญา หรือการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย โทตุลาการ และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำต่อเนื่องตลอดเวลาหรือจะกระทำต่อไปอีกไม่ว่าจะเป็นในลักษณะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามฟ้อง หรือเป็นการกระทำที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องยังได้รับความเสียหายหรือความเดือดร้อนจากการกระทำของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านตลอดมาในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ⁶¹

2. คำสั่งห้ามชั่วคราวมิให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านโอน ขาย ยักย้ายหรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน

มาตรการดังกล่าวถูกนำมาใช้เพื่อมิให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านโอน ขาย ยักย้าย หรือจำหน่ายทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้พ้นจากอำนาจศาล หรือเพื่อประวิงหรือขัดขวางต่อการบังคับคดีตามคำบังคับใด ๆ ซึ่งอาจจะออกบังคับเอากับคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน คำสั่งห้ามชั่วคราวนี้เป็นคำสั่งที่ห้ามคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านคัดค้านโอน ขาย ยักย้ายหรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน ซึ่งทรัพย์สินที่ห้ามดังกล่าวอยู่ในความครอบครองของคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง⁶²

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid. p. 58.

⁶² Ibid. p. 54.

3. คำสั่งให้หยุดหรือป้องกันการเปลืองไปเปล่าหรือการบอบสลายซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว

ข้อพิพาทที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกกร้องเรียกร้องว่าคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านผิดสัญญาหรือทำละเมิด หรือการกระทำที่ถูกระงับการอนุญาตตุลาการของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน การกระทำดังกล่าวหากมีอยู่ต่อไป ทำให้ทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายเรียกกร้องเปลืองไปเปล่าหรือบอบสลาย

กรณีที่สาม กรณีตามมาตรา 254 (3) ให้ศาลมีคำสั่งให้นายทะเบียนพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลอื่นผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ระงับการจดทะเบียน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน หรือการเพิกถอนการจดทะเบียนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านหรือที่เกี่ยวกับการกระทำที่ถูกฟ้องร้องไว้ชั่วคราวจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

มาตรการการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 254 นี้เป็นมาตรการที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกกร้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งไปยังบุคคลภายนอก ได้แก่ นายทะเบียน พนักงานเจ้าหน้าที่ บุคคลอื่นซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งในที่นี่หมายถึง บุคคลผู้มีหน้าที่จดทะเบียนต่าง ๆ⁶³ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้มีลักษณะเป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่รักษาสถานะเดิมของคู่พิพาท

กรณีที่สี่ กรณีตามมาตรา 254(4) ให้จับกุมและกักขังจำเลยไว้ชั่วคราว

มาตรการดังกล่าวถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันไม่ให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านหลบหนีหายไป ซึ่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้ย่อมใช้บังคับกับกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกกร้องไม่มีมาตรการชั่วคราวอื่นใดที่จะนำมาบังคับใช้แก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านอันจะส่งผลดีต่อการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ⁶⁴

การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 254 นี้ ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าคำขอดังกล่าวเป็นที่พอใจของศาลว่าข้อเรียกร้องมีมูล และมีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีคุ้มครองตามที่ขอมาใช้ได้ ตามมาตรา 255 กล่าวคือ ศาลจะต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานใน

⁶³ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคบังคับคดี (กรุงเทพมหานคร: บริษัท มี สมบัติจำกัด, 2550). หน้า 40-41. อ้างถึงใน ศักรินทร์ บุญรอด, "การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ," หน้า. 73.

⁶⁴ สมชัย ทีฆาอุตมากร, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีกรชั่วคราวก่อนพิพากษา, หน้า. 59.

เบื้องต้นว่าข้อเรียกร้องของคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมีมูลหรือไม่ และมีพฤติการณ์อย่างไรอย่างหนึ่งเกิดขึ้น อันเป็นเหตุสมควรให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องต้องยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ หากไม่ได้รับการคุ้มครองดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้แก่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง ซึ่งหากข้อเท็จจริงเพียงพอเป็นที่พอใจแก่ศาล ศาลมีอำนาจอนุญาตคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้โดยไม่ต้องไต่สวน

การร้องขอคุ้มครองชั่วคราว หากเป็นการขอตามมาตรา 254 (1) และ (4) ซึ่งเป็นคำขอฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด ศาลจะต้องพอใจจากพยานหลักฐานที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องนำสืบหรือที่ศาลอาจเรียกมาสืบเอง แต่หากเป็นการขอตามมาตรา 254 (2) และ(3) จะต้องเป็นที่พอใจจากพยานหลักฐานทั้งสองฝ่าย หรือที่ศาลอาจเรียกมาสืบเองก็ได้ โดยประเด็นที่จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นมีดังนี้

กรณีแรก หากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมีคำร้องขอให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านตามมาตรา 254(1) คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเป็นที่พอใจว่า

(ก) คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านตั้งใจจะยกย้ายทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของตนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนไปให้พ้นจากอำนาจศาล หรือจะโอน ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อประวิงหรือ ชัดขวางต่อการบังคับตามคำบังคับใด ๆ ซึ่งอาจจะออกบังคับเอาแก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน หรือเพื่อจะทำให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง เสียเปรียบ หรือ

(ข) มีเหตุจำเป็นอื่นใดตามที่ศาลจะพิจารณาเห็นเป็นการยุติธรรมและสมควร

กรณีที่สอง หากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมีคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราวหรือคำสั่งอื่นใดตามมาตรา 254 (2) คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเป็นที่พอใจว่า

(ก) คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านตั้งใจจะกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการละเมิด การผิดสัญญา หรือ การกระทำที่ถูกร้อง

(ข) คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปเนื่องจากการกระทำของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน

(ค) ทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านนั้นมีพฤติการณ์ว่า จะมีการกระทำ ให้เปลื้องไปเปล่าหรือบุบสลายหรือโอนไปยังผู้อื่น หรือ (ง) มีเหตุตามประการแรก (ก) หรือ (ข)

กรณีที่สาม หากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมีคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้นาย ทะเบียน พนักงานเจ้าหน้าที่ หรือบุคคลอื่นผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ระงับการจดทะเบียน แก้ไข เปลี่ยนแปลงทางทะเบียน หรือเพิกถอนการจดทะเบียนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของ จำเลยหรือที่เกี่ยวกับการกระทำที่ถูกต้องร้องไว้ชั่วคราวตามมาตรา 254(3) คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเป็นที่พอใจว่า

(ก) เป็นที่เกรงว่าคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านจะดำเนินการให้มีการจดทะเบียน แก้ไข เปลี่ยนแปลง ทางทะเบียน หรือเพิกถอนการจดทะเบียนเกี่ยวกับทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของ คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านหรือที่ เกี่ยวกับการกระทำที่ถูกต้องร้อง ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะก่อให้เกิด ความเสียหายแก่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง หรือ

(ข) มีเหตุตามประการแรก (ก) หรือ (ข)

กรณีที่สี่ หากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมีคำร้องขอให้จับกุมและกักขังคู่พิพาทฝ่าย คัดค้านไว้ชั่วคราว ตามมาตรา 254(4) คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจของศาลว่า เพื่อที่จะประวิงหรือขัดขวางต่อการพิจารณาคดีหรือการบังคับตามคำบังคับใด ๆ ซึ่งอาจจะออกบังคับ เอาแก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน หรือเพื่อจะทำให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องเสียเปรียบ

(ก) คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านซ่อนตัวเพื่อจะไม่รับหมายเรียกหรือคำสั่งของศาล

(ข) คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านได้ย้ายไปให้พ้นอำนาจศาลหรือซุกซ่อนเอกสารใด ๆ ซึ่งพอจะเห็นได้ว่าจะใช้เป็นพยานหลักฐานยันคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านในคดีที่อยู่ในระหว่างพิจารณา หรือทรัพย์สินที่พิพาทหรือทรัพย์สินของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือเป็นที่เกรงว่า คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านจะจำหน่าย หรือทำลายเอกสารหรือทรัพย์สินเช่นว่านั้น หรือ

(ค) ปรากฏตามกิริยาหรือตามวิธีที่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านประกอบการงาน หรือ การค้าของตนว่าฝ่ายคัดค้านจะหลีกหนีหรือพอเห็นได้ว่าจะหลีกหนีไปให้พ้นอำนาจศาล

การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 254 นี้ คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องสามารถ ร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งได้ทั้งในกรณีธรรมดาและในกรณีฉุกเฉิน ทั้งนี้ ตามมาตรา 266 แห่งประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อันว่าด้วยคำขอในเหตุฉุกเฉิน ซึ่งใช้ในกรณีมีเหตุฉุกเฉินที่จะต้องขอให้ศาลออกคำสั่งเพื่อกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวภายในบังคับแห่งเงื่อนไขตามมาตรา 254 ทั้งนี้ มิฉะนั้นอาจเป็นที่เสียหายแก่การบังคับคดีในเมื่อศาลนั้นพิพากษาให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องเป็นฝ่ายชนะคดี

การพิจารณาคำขอในเหตุฉุกเฉิน มาตรา 267 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ให้ศาลพิจารณาคำขอเป็นการด่วน ถ้าเป็นที่พอใจจากคำแถลงของโจทก์หรือพยานหลักฐานที่โจทก์ได้นำมาสืบ หรือที่ศาลได้เรียกมาสืบเองว่าคดีนั้นเป็นคดีมีเหตุฉุกเฉินและคำขอนั้นมีเหตุผลสมควรอันแท้จริง ให้ศาลมีคำสั่งหรือออกหมายตามที่ขอภายในขอบเขตและเงื่อนไขไปตามที่เห็นจำเป็นทันที ถ้าศาลมีคำสั่งให้ยกคำขอ คำสั่งเช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด”

ตามปกติการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉิน ผู้ร้องมักจะขอมาทำคำร้องว่าได้เตรียมพยานมาให้ศาลทำการไต่สวนแล้ว ขอให้ศาลเรียกทำการไต่สวนในเวลานี้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลพิจารณาคำขอเป็นการด่วน โดยส่วนใหญ่ศาลจะมีคำสั่งเรียกไต่สวนคำขอในทันทีหรืออย่างช้าในวันรุ่งขึ้น โดยไม่ต้องส่งคำขอให้อีกฝ่ายคัดค้านก่อน⁶⁵ เพราะคำขอตามมาตรา 254 เป็นคำขอฝ่ายเดียว กรณีนี้บังคับรวมถึงการขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 254(2) (3) ซึ่งมีใช้คำขอฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด ซึ่งแตกต่างจากการยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีธรรมดาที่ศาลจะไม่ทำการไต่สวนในวันที่ยื่นคำขอทันที⁶⁶

กรณีศาลพอใจจากคำแถลงของคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง หรือพยานหลักฐานที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องได้นำมาสืบ หรือที่ศาลได้เรียกมาสืบเองว่าคดีนั้นเป็นคดีมีเหตุฉุกเฉินและคำขอนั้นมีเหตุผลสมควรอันแท้จริง ให้ศาลมีคำสั่งหรือออกหมายตามที่ขอภายในขอบเขตและเงื่อนไขไปตามที่เห็นจำเป็นทันที ถ้าศาลไม่พอใจ ศาลมีคำสั่งยกคำขอนั้นได้ และคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นที่สุด คำสั่งของศาลที่ยกคำขอไม่ตัดสิทธิคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องที่จะเสนอคำขอตามมาตรา 254 ใหม่⁶⁷

⁶⁵ นฤมล กิจสินธพชัย, มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ, หน้า. 166.

⁶⁶ สมชัย ชีฆาอุตมากร, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา, หน้า. 183.

⁶⁷ Ibid.

3.2.2.3 คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องและคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านขอคุ้มครองประโยชน์ระหว่าง

พิจารณา

มาตรา 264 บัญญัติว่า “นอกจากกรณีที่มีบัญญัติไว้ในมาตรา 253 และมาตรา 254 คู่ความชอบที่จะยื่นคำขอต่อศาล เพื่อให้มีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษา เช่น ให้นำทรัพย์สินหรือเงินที่พิพาทมาวางต่อศาลหรือต่อบุคคลภายนอก หรือให้ตั้งผู้จัดการหรือผู้รักษาทรัพย์สินของห้างร้านที่ทำการค้าที่พิพาทหรือให้จัดให้บุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่ในความปกครองของบุคคลภายนอก...”

มาตรา 264 เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิทั้งคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องและคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านที่มีความจำเป็นจะต้องให้มีการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอที่พิพาทในคดีซึ่งไม่อยู่ในบังคับแห่งเงื่อนไขตามมาตรา 253 และ 254 แล้ว คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องและคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านก็ยังสามารถมีคำขอให้ศาลจัดให้มีวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอไว้ในระหว่างพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาได้ โดยมาตรานี้มิได้จำกัดประเภทของคดีที่จะมีคำขอคุ้มครองประโยชน์ไว้เช่นกรณีตามมาตรา 254 ทั้งนี้ ผู้ขอคุ้มครองอาจจะเป็นคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องหรือคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านใดก็ได้ แต่จะต้องขอเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของตน และจะขอคุ้มครองเกินกว่าคำขอในฟ้องหรือคำให้การของตนไม่ได้⁶⁸

คำสั่งของศาลในเรื่องการขอคุ้มครองชั่วคราวทั้งสามกรณีที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ศาลจะสั่งอนุญาตตามคำขอหรือไม่จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายตามแต่ประเภทของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวนั้น ๆ ที่คู่พิพาทได้ร้องขอ ตลอดจนคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านด้วย⁶⁹ ดังคดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าโจทก์เป็นผู้มีสิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทห้ามจำเลยทั้งสามเกี่ยวข้อง กับให้จำเลยทั้งสามออกเอกสารสิทธิสำหรับที่ดินพิพาทให้โจทก์จำเลยทั้งสามให้การต่อสู้และฟ้องแย้งว่าที่ดินพิพาทอยู่ในเขตทุ่งทำเลเลี้ยงสัตว์เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันโจทก์ไม่มีสิทธิครอบครอง ขอให้ขับไล่โจทก์ออกไป คดีจึงมีประเด็นว่าที่ดินพิพาทเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน และโจทก์มีสิทธิครอบครองในที่ดินพิพาทหรือไม่ ขณะคดีอยู่ในระหว่างพิจารณาโจทก์เป็นผู้เข้าครอบครองที่ดินพิพาท ดังนั้น การที่จำเลยทั้งสามใช้ให้ หจก.ค.เข้าไปปักป้ายโฆษณาไถปรับพื้นดินทำการก่อสร้างสวน และวิทยาลัยในที่ดินพิพาท ย่อมอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ได้โจทก์จึงชอบที่จะร้องขอให้ห้ามจำเลยทั้งสาม

⁶⁸ Ibid. p. 151-152.

⁶⁹ นฤมล กิจสินธพชัย, มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ, หน้า. 167.

มิให้กระทำการใด ๆ ในที่ดินพิพาทได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254(2) แต่ปรากฏว่าโจทก์เพ็งยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาต่อศาล หลังจากที่ยื่นคำร้องขอได้เข้าดำเนินการก่อสร้างในที่ดินพิพาทแล้ว เป็นเวลานานถึง 5 เดือนเศษ การยื่นคำขอของโจทก์จึงล่วงเลยเวลาอันสมควร ทั้งหากจะนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาใช้ก็ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่จำเลยทั้งสามเช่นเดียวกัน ตามพฤติการณ์เช่นนี้จึงยังไม่สมควรที่จะนำวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254(2) มาใช้แก่จำเลยทั้งสามในการยื่นฎีกาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาต้องเสียค่าขึ้นศาล 200 บาท เมื่อโจทก์เสียค่าขึ้นศาลเกินมา จึงต้องคืนเงินส่วนที่เกินให้โจทก์⁷⁰

จะเห็นได้ว่า การยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ต้องมีการยื่นฟ้องก่อนดังปรากฏในมาตรา 55 และคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลสามารถมีคำสั่งได้เร็วที่สุด คือ การคุ้มครองในกรณีฉุกเฉินตามมาตรา 254 ประกอบมาตรา 266 ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นกรณีก่อนศาลมีคำพิพากษา หากเป็นกรณีก่อนมีการฟ้องคดี เช่น กรณีการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ จะมีปัญหาหรือไม่อย่างไร

3.2.3 การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540

ในกรณีที่คดีพิพาทเป็นคดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ หากคู่พิพาทมีความประสงค์จะขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ศาลจะอนุญาตคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวหรือไม่จะต้องพิจารณาข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติเรื่องการขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องไว้ในข้อ 12 ถึง ข้อ 19 อันเป็นการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องแบบการออกคำสั่งห้าม (Injunction) ในระบบคอมมอนลอว์ อันเป็นคำสั่งให้คู่พิพาทระงับหรือละเว้นการกระทำบางอย่าง แต่หากคู่พิพาทประสงค์จะขอคุ้มครองชั่วคราวระหว่างการพิจารณา ศาลจะอนุญาตคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวหรือไม่จะต้องพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 และข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 มิได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวในตัวบทกฎหมาย จึงต้องนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่อง

⁷⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 24/2540[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 3 พฤศจิกายน 2564. แหล่งที่มา:

วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาตามมาตรา 253 ถึง มาตรา 270 มาบังคับใช้โดยอนุโลมตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 มาตรา 26 บัญญัติไว้ ดังปรากฏในคดีที่โจทก์ฟ้องขอให้บังคับจำเลยทั้งสองร่วมกันชำระหนี้ตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตและสัญญาทรัสต์รีซีทีที่ทำไว้แก่โจทก์เพื่อขอรับเอกสารไปรับสินค้ารถยนต์ที่สั่งซื้อไว้ โดยระหว่างพิจารณาโจทก์มีคำขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา ห้ามจำเลยทั้งสองโอน ขาย ยักย้ายหรือจำหน่ายรถยนต์พิพาท และให้นายทะเบียนกรมการขนส่งทางบกกระงับการจดทะเบียน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนรถยนต์คันพิพาทไว้ชั่วคราวจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ต่อมาศาลทรัพย์สินฯ มีคำพิพากษาให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีโดยให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชำระหนี้ให้แก่โจทก์และคดีถึงที่สุดโดยไม่มีคู่ความฝ่ายใดอุทธรณ์ ในชั้นบังคับคดี ปรากฏว่าผู้ร้องยื่นคำร้องอ้างว่าเป็นผู้ซื้อรถยนต์พิพาทมาโดยถูกต้อง ขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งห้ามชั่วคราวดังกล่าว กรณีเช่นนี้ แม้ตาม พ.ร.บ.จัดตั้งศาลทรัพย์สินฯ มาตรา 26 ประกอบกับ ป.วิ.พ. มาตรา 260 (2) บัญญัติให้คำสั่งของศาลเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวยังมีผลใช้บังคับต่อไปก็ตาม แต่ก็ให้ใช้บังคับต่อไปเท่าที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเท่านั้น เมื่อคำฟ้องของโจทก์ไม่มีคำขอให้บังคับจำเลยทั้งสองส่งมอบรถยนต์คืนแก่โจทก์ ทั้งโจทก์อ้างว่าโจทก์เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในรถยนต์ดังกล่าว เมื่อศาลทรัพย์สินฯ พิพากษาให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชำระเงินแก่โจทก์ ย่อมไม่มีเหตุจำเป็นต้องปฏิบัติตามวิธีการชั่วคราวที่ห้ามจำเลยทั้งสองโอนขาย ยักย้าย หรือจำหน่ายรถยนต์ดังกล่าว เพื่อปฏิบัติตามคำพิพากษานี้แต่อย่างใด คำสั่งในวิธีการชั่วคราวดังกล่าวเป็นอันยกเลิกไปในตัวไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไป จึงไม่มีเหตุที่ผู้ร้องจะขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวภายหลังศาลมีคำพิพากษาได้⁷¹

การคุ้มครองชั่วคราว

การคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องในกรณีที่คดีพิพาทเป็นคดีแพ่งเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ เป็นการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งแตกต่างจากการขอคุ้มครองก่อนพิพากษาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งคู่ความจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลแล้วเท่านั้น โดยการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ข้อ 12 กำหนดว่าคำขอต้องบรรยายถึงข้อเท็จจริงที่แสดงว่ามีเหตุที่จะฟ้องคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน และมีเหตุเพียงพอที่จะทำให้เชื่อว่าสมควรที่

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5081/2554[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 3 พฤศจิกายน 2564. แหล่งที่มา:

ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอนั้นรวมทั้งจะต้องมีบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงของผู้รู้เห็นเหตุแห่งการขอนั้นเพื่อสนับสนุนข้ออ้างดังกล่าว โดยคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ประการแรก คำขอที่ยื่นและในโอกาสที่ยื่นมีเหตุสมควร และมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอได้ คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องในฐานะผู้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจะต้องพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง โดยคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะต้องแสดงพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือได้ตามสมควรว่าการกระทำของคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านเป็นการละเมิด และต้องแสดงให้ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นต้องมาขอศาลคุ้มครองชั่วคราว ประการที่สอง คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ โดยคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องอาจพิสูจน์ว่าความเสียหายของตนไม่สามารถที่จะได้รับชดใช้เป็นตัวเงินหรือทดแทนด้วยสิ่งอื่นใดได้ หรือคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านไม่อยู่ในฐานะที่จะชดใช้หรือทดแทนความเสียหายแก่ตน หรือกรณีเป็นการยากที่จะบังคับคดีเอาแก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านได้ภายหลัง ทั้งนี้พยานหลักฐานที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะนำมาพิสูจน์ความเสียหายจะต้องไม่เป็นเพียงการคาดคะเน ต้องมีความชัดในระดับหนึ่งและคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องควรจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้รับความเสียหายมากกว่าคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน หากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องไม่สามารถบรรยายข้อเท็จจริงให้ศาลเห็นตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้น ศาลก็จะยกคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง และคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นที่สุด⁷² ทั้งนี้ศาลอาจสั่งให้ผู้ขอวางเงินหรือหาประกันมาให้ตามจำนวนภายในระยะเวลาและกำหนดเงื่อนไขอย่างใดตามที่ศาลเห็นสมควรสำหรับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านตามข้อกำหนดข้อ 15 และศาลต้องแจ้งคำสั่งนั้นให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านทราบโดยไม่ชักช้าตามข้อกำหนดข้อ 13 เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอแล้ว หากผู้ขอมิได้ฟ้องคดีเกี่ยวกับคำขอที่มีคำสั่งอนุญาตนั้นภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าวตามข้อกำหนดข้อ 17 และศาลอาจมีคำสั่งให้ผู้ขอชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านได้ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร หากคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านเป็นจำเลยได้ยื่นคำขอต่อศาล ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ขอชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตน อนึ่ง การขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้อง หากศาลเห็นสมควร หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีคำขอ ศาลอาจสั่งให้มีการพิจารณาเป็นการลับ และห้ามโฆษณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ได้

⁷² นันทน อินทนนท์, "การทบทวนประสิทธิภาพในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย," *วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ* (2553), หน้า. 149-157.

3.2.4 การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการประเทศไทย

3.2.4.1 ข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม⁷³

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (Thai Arbitration Institute, Office of the Judiciary: TAI) เป็นผู้ให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเดิมก่อตั้งขึ้นตามคำสั่งกระทรวงยุติธรรม ที่ 302/2532 ลงวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2532 ในชื่อของสำนักงานอนุญาโตตุลาการ ภายใต้สังกัดของสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม สำนักงานอนุญาโตตุลาการในขณะนั้นทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรม และมีนโยบายส่งเสริมและสนับสนุนให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท ประกอบกับที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 มีผลใช้บังคับ บุคคลทั่วไปจึงรู้จักสำนักงานอนุญาโตตุลาการในนาม “สถาบันอนุญาโตตุลาการ” หลังจากนั้นทางสถาบันได้มีการออกข้อบังคับกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2533 ซึ่งข้อบังคับฉบับดังกล่าวเป็นฉบับแรกที่ใช้ในการบริหารจัดการคดีของสถาบัน

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีผลใช้บังคับ ทำให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระแยกออกจากกระทรวงยุติธรรม ภารกิจการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของสำนักงานอนุญาโตตุลาการจึงแยกออกจากกระทรวงยุติธรรม มาอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของสำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรมแทน โดยสำนักกระงับข้อพิพาทในขณะนั้น มีภารกิจดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกทั้งการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการ ต่อมา ในปี พ.ศ. 2559 สำนักงานศาลยุติธรรมได้ปรับปรุงการแบ่งส่วนราชการภายใน ทำให้ภารกิจการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2559

ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยสถาบันอนุญาโตตุลาการ ได้มีการแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมาเพื่อให้มีความทันสมัยอยู่เสมอ และเพื่ออำนวยความสะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการให้มีความรวดเร็วมากขึ้น และมีมาตรฐานทัดเทียมกับนานา

⁷³ TAI, "เกี่ยวกับ TAI" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 14 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id>

อารยประเทศ ซึ่งการปรับปรุงครั้งล่าสุดคือการปรับปรุงเมื่อปี พ.ศ. 2560 และการปรับปรุงครั้งนี้ได้มีการปรับปรุงเรื่องการขอคุ้มครองชั่วคราว

การคุ้มครองชั่วคราว

ในประเด็นเรื่องการขอคุ้มครองชั่วคราว ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ข้อ 39 กำหนดเรื่องมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาว่า “หากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาตามที่เห็นสมควร คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอหาประกันมาวางเพื่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการดังกล่าวก็ได้

การร้องขอตามวรรคหนึ่งไม่กระทบสิทธิของคู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตน การยื่นคำร้องต่อศาลดังกล่าวไม่ถือเป็นการขัดหรือแย้งกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับนี้”

จากข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว จะเห็นว่า อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งหรือคำชี้ขาดกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้พิพาทได้หากคู่พิพาทร้องขอ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการแล้วก็ไม่ตัดสิทธิคู่พิพาทที่จะยื่นคำขอต่อศาลให้มีคำสั่งใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อประโยชน์ของตน กล่าวคือ คู่พิพาทสามารถยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลได้อีกแม้จะยื่นคำขอต่ออนุญาโตตุลาการไปแล้ว

ปัญหาว่า ตามข้อ 39 แห่งข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ แม้จะมีการยอมรับว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่หากมีการร้องขอให้ศาลไทยบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น ศาลไทยจะบังคับให้ได้หรือไม่ เพราะไม่มีกฎหมายใดบังคับให้ศาลต้องบังคับตามที่อนุญาโตตุลาการสั่ง

3.2.4.2 ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ⁷⁴

สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center: THAC) เป็นสถาบันที่ให้บริการด้านการอนุญาโตตุลาการ และการประนอมข้อพิพาทในระดับสากล สถาบัน

⁷⁴ THAC, "ข้อมูลเกี่ยวกับองค์กร" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 12 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://thac.or.th/th>

ดังกล่าวเริ่มดำเนินการตั้งแต่ พ.ศ. 2558 เป็นต้นมา โดยเป้าหมายหลักของสถาบันเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมระบบอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตลอดจน ให้บริการด้านอนุญาโตตุลาการที่มีความเป็นอิสระและมีมาตรฐานสากลเพื่อให้ทั่วโลกยอมรับ

ส่วนเรื่องการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของคู่พิพาท ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558 ไม่ได้กำหนดในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนเฉกเช่นเดียวกับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI)

จะเห็นได้ว่า สถาบัน THAC ไม่ได้กำหนดเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หากคู่กรณีซึ่งเป็นคู่พิพาทยินยอมตกลงให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทสามารถกระทำหรือไม่

3.3 ปัญหาการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ

3.3.1 ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

อย่างที่ได้อ้างมาในตอนต้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 ไม่ได้เขียนระบุให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่เขียนระบุให้ศาลที่มีเขตอำนาจมีคำสั่งใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราวได้หากคู่สัญญาซึ่งเป็นคู่พิพาทร้องขอ โดยจะยื่นคำขอดังกล่าวก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก็ได้ ประกอบกับพระราชบัญญัติบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นพระราชบัญญัติที่ได้ถูกตราขึ้นโดยนำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ปี ค.ศ. 1985 มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย ซึ่งในกฎหมายแม่แบบดังกล่าวมีการบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ดังปรากฏใน Article 17 ซึ่งบัญญัติว่า “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subject-matter of the disputes, the arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure” แต่กระนั้น เมื่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถูกตราขึ้น ไม่ปรากฏบทบัญญัติดังกล่าวในพระราชบัญญัตินี้ แต่กลับปรากฏบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัตินี้มีลักษณะเช่นเดียวกับ Article 9 แห่งกฎหมายแม่แบบในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งบัญญัติว่า “It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to

request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.” การที่ผู้ร่างกฎหมายเลือกที่จะร่างกฎหมายตาม Article 9 แห่งกฎหมายแม่แบบ และเลือกที่จะตัด Article 17 ออก จึงอาจสันนิษฐานได้ว่าผู้ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีความประสงค์สงวนอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่ศาลเท่านั้น⁷⁵ ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่าแนวความคิดในยุคดั้งเดิม (traditional idea) ต้องการสงวนอำนาจบางประการให้กับศาล เช่น การออกหมายเรียกพยานหรือคำสั่งให้มีการส่งเอกสารหรือวัตถุใต้อনุญาตตุลาการ การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาท การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการ เป็นต้น

การตีความให้ศาลแต่เพียงผู้เดียวมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ทำให้เกิดประเด็นตามมาว่าข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ข้อ 39 ขัดกับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 หรือไม่ เพราะข้อบังคับของสถาบัน TAI ข้อ 39 กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งในเรื่องนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าข้อบังคับของสถาบัน TAI ไม่ขัดกับพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 16 ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด (mandatory provision) ถึงแม้การดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ คู่พิพาทซึ่งเป็นคู่สัญญาที่มีอิสระที่จะตกลงวิธีการดำเนินการในชั้นอนุญาตตุลาการก็ตาม แต่การตกลงในเรื่องดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติกฎหมาย หากข้อตกลงของคู่พิพาทหรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทเลือกใช้ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด (mandatory provision) ข้อตกลงหรือข้อบังคับดังกล่าวย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้ ตลอดจนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการอาจถูกเพิกถอนหรือไม่สามารถบังคับได้ ซึ่งบทบัญญัติอนุญาตตุลาการที่มีลักษณะเป็นการเด็ดขาดมีอยู่ด้วยกัน 8 กรณี ได้แก่ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และโอกาสต่อสู้คดี (มาตรา 25) ข้อสนับสนุนข้อเรียกร้อง และข้อต่อสู้ในคำคัดค้าน (มาตรา 29) การกำหนดนัดสืบพยานและพิจารณา (มาตรา 30 วรรคสาม) การขอให้ศาลออกหมายเรียกพยาน (มาตรา 33) คำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความระหว่างพิจารณา (มาตรา 36 วรรคสอง) แบบคำชี้ขาด (มาตรา 37 วรรคหนึ่ง, วรรคสาม และ วรรคสี่) การสิ้นสุดการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ

⁷⁵ สถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาตตุลาการ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://m.facebook.com/taiarbitration/videos/live-now-tai-webinar-series> และ พิศุทธิ์ อรรถกมล, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ," ใน รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), หน้า. 175.

(มาตรา 38) และการแก้ไข เพิ่มเติม อธิบายคำชี้ขาด (มาตรา 33 (1)(2)(4)(5))⁷⁶ ข้อบังคับดังกล่าวจึงสามารถใช้ได้ ส่วนข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2558 (THAC) แม้ไม่ได้กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเฉกเช่นเดียวกับข้อบังคับของสถาบัน TAI แต่หากคู่พิพาทยินยอมให้อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็สามารถมีอำนาจได้ เพราะมาตรา 16 ไม่ใช่บทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด จึงสามารถตกลงให้แตกต่างกันได้ ปัญหาที่ตามมา คือ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กับข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยมีลักษณะไม่ไปในแนวทางเดียวกัน และศาลจำต้องบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับของสถาบันหรือไม่

อย่างไรก็ดี มีแนวความคิดเห็นอีกแนวทางหนึ่งว่า การที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 16 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ไม่ได้หมายความว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าว เพราะแม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้เช่นกัน อีกทั้ง อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นอำนาจทั่วไปในตัวอนุญาโตตุลาการเอง (inherent power) ในเมื่ออนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการจึงควรมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้⁷⁷ อำนาจของศาลควรถูกนำมาใช้เฉพาะกรณีที่อำนาจของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถใช้ได้เท่านั้น เช่น อำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาด เป็นต้น

ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาว่าอำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้วิธีการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการสามารถกระทำได้หรือไม่⁷⁸

⁷⁶ TAI, "บทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด: Mandatory Provision" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 21 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://tai.coj.go.th/th/content/article/detail/id/10082/iid/196977>

⁷⁷ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ" [ออนไลน์]. และ พิศุทธิ์ อรรถกมล, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ," ใน รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ หน้า. 175.

⁷⁸ Ibid.

3.3.2 ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ตามข้อ 3.3.1 นำไปสู่ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ดังนี้⁷⁹

หากยึดแนวทางแรกว่าศาลเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าว ศาลจะไม่สามารถบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้

หากยึดแนวทางความเห็นที่สองที่มีแนวความเห็นว่า เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ แสดงว่ากฎหมายไม่ได้กีดกัน อีกทั้ง อำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเป็นอำนาจทั่วไปที่อนุญาโตตุลาการมีและสามารถใช้ได้ (inherent power) หากคู่พิพาทตกลงยินยอมให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ หรือยินยอมตกลงที่จะใช้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการใดที่มีข้อตกลงที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวนั้น กระนั้น หากเกิดกรณีคู่กรณีไม่ปฏิบัติตาม คู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอก็ต้องนำคำสั่งให้ใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวไปยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ต่อไป ปัญหาที่ตามมา คือ ศาลจะบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการสั่งหรือไม่ หรือศาลจะใช้คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลเห็นสมควรเองตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 253 มาตรา 254 และมาตรา 264

3.4 บทสรุป

จากการศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 16 พบว่าแม้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจะมีกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ฉบับปี ค.ศ. 1985 มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย แต่กระนั้นพระราชบัญญัตินี้กลับไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบ จึงนำไปสู่ปัญหาที่จะต้องพิจารณา 2 ประการ ได้แก่

1. ปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

⁷⁹ Ibid.

2. ปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

เมื่อได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์การใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง และเข้าใจปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยในบทที่ 3 แล้ว ในบทถัดไป ผู้ศึกษาจะขอกล่าวถึงหลักเกณฑ์การใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายต่างประเทศ รวมถึงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงในต่างประเทศ เพื่อศึกษาว่าในต่างประเทศพบปัญหาลักษณะเดียวกันกับประเทศไทยหรือไม่



บทที่ 4

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ ตามกฎหมายต่างประเทศ

4.1 บทนำ

ในบทที่ 4 ผู้ศึกษาจะนำเสนอกฎหมายรวมถึงข้อบังคับว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีชื่อเสียงในต่างประเทศ ซึ่งประเทศที่ผู้ศึกษาเลือกทำการศึกษา ได้แก่ ประเทศอังกฤษอันเป็นประเทศที่ไม่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL แต่ยังมีบทบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เองในบางกรณี ประเทศสิงคโปร์อันเป็นประเทศที่ได้รับแนวคิดตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL โดยมีบทบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ และสาธารณรัฐประชาชนจีนอันเป็นประเทศที่ไม่ได้นำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย และจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

4.2 กฎหมายอังกฤษ

4.2.1 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 (The Arbitration Act 1996)⁸⁰

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 (The English Arbitration Act 1950) ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติเดิมก่อนมีการปรับปรุงแก้ไข ได้จำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในเรื่องการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว แล้วกำหนดให้ผู้ที่มิอำนาจสั่งในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ คือ ศาล เท่านั้น โดยประเด็นเรื่องการให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาล ตุลาการท่านหนึ่ง คือ Lord Mustill ได้แสดงความเห็นเรื่องดังกล่าวซึ่งปรากฏในคดี SA Coppee Lavalin NV v Ken-Ren Chemicals and Fertilisers Ltd,³⁴ ว่า “There is the plain fact, palatable or not, that is only a court possessing coercive powers which can rescue the arbitration if it is in danger of foundering, and that the only court which possesses these powers is the municipal court of an individual state.” ซึ่งสามารถแปลได้ว่า เป็นความจริงเรื่องง่าย ๆ ไม่ว่าจะเป็นที่น่าพอใจหรือไม่ มีเพียงกระบวนการทางศาลที่มีอำนาจบังคับและสามารถให้ความช่วยเหลือกรณีที่มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการมีแนวโน้มว่าจะล้ม และศาลที่มีอำนาจบังคับ คือ ศาลชั้นต้นในแต่ละ

⁸⁰ "Arbitration Act 1996," [Online] Accessed: 15 October 2021. Available from: <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/United-Kingdom-Arbitration-Law.pdf>

ท้องที่ ซึ่งความเห็นดังกล่าวในเวลาภายหลังได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก และถูกมองว่าเป็นความคิดที่โบราณ การจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการถือว่าเป็นจุดอ่อนอย่างหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากการที่ศาลเข้ามาแทรกแซงการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการขัดกับวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่ต้องการระงับข้อพิพาทให้เสร็จสิ้นในคราวเดียวและเป็นอิสระจากการพิจารณาของศาล อีกทั้งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอาจถูกใช้เป็นกลยุทธ์ในการชะลอการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้ร้องขอ ซึ่งหากเกิดเหตุการณ์เช่นนั้น คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่ได้ร้องขอจะต้องเดินทางไปศาลเพื่อขอให้ศาลบังคับให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งชดใช้ความเสียหาย อันทำให้เสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น⁸¹ ในช่วงเวลานั้น Lord Mustill ยังได้ทำการศึกษาอันนำไปสู่รายงานของคณะกรรมการที่ปรึกษาฝ่ายกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (Department Advisory Committee: DAC) ซึ่งแนะนำไม่ให้ยึดเอากฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) มาเป็นแบบในการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ทั้งหมด เพราะจากการศึกษาพบว่าหลักการของกฎหมายอังกฤษแตกต่างจากกฎหมายแม่แบบเป็นอย่างมาก⁸²

ต่อมาในปี ค.ศ. 1996 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1950 ถูกปรับปรุงแก้ไขกลายเป็นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1996 โดยไม่ได้มีการนำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มาเป็นแบบในการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ แต่กระนั้นปรากฏว่าหลักการต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีลักษณะเหมือนกับหลักการที่ปรากฏในกฎหมายแม่แบบ เช่น หลักเกณฑ์เรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว⁸³

4.2.1.1 อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ให้อำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยศาลสามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้แม้สถานที่การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) จะดำเนินการนอกประเทศอังกฤษ และเวลส์ หรือไอร์แลนด์เหนือ หรือกรณีที่สถานที่ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการยังไม่ได้กำหนดไว้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม ถ้าการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการอยู่นอกประเทศอังกฤษ และเวลส์ หรือ

⁸¹ Joseph Lee, "Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of UK, Singapore and Taiwan," *CONTEMP. ASIA ARB. J.* 6, 2 (2013). p. 236.

⁸² Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, *A Report on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* (1989), Chaired by The Rt Hon Lord Justice Mustill cited *ibid.* p. 237.

⁸³ *Ibid.* p. 237-238.

ไอร์แลนด์เหนือ ศาลสามารถปฏิเสธคำสั่งดังกล่าวได้ ถ้าศาลเห็นว่าสถานที่การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอยู่นอกประเทศอังกฤษและเวลส์ หรือไอร์แลนด์เหนือ หรือสถานที่การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเมื่อมีการกำหนดสถานที่แล้วมีแนวโน้มจะอยู่นอกประเทศอังกฤษ และเวลส์ หรือไอร์แลนด์เหนือ ทำให้ศาลมีความไม่เหมาะสมที่จะดำเนินการดังกล่าวตามที่มาตรา 2(3) แห่งพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 มาตรา 44 กำหนดให้อำนาจศาลไว้อย่างชัดเจนเพื่อสนับสนุนกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงเป็นอย่างอื่น โดยศาลอาจออกมาตรการเพื่อนำสืบพยานหลักฐานตามมาตรา 44(2)(a) หรือศาลอาจออกมาตรการเพื่อสงวนรักษาพยานหลักฐานต่าง ๆ ตามมาตรา 44(2)(b) หรือศาลสามารถออกคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอันเป็นประเด็นในกระบวนการพิจารณาได้ ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของหรืออยู่ในความครอบครองของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา เช่น คำสั่งให้ตรวจสอบ ภาพถ่าย สงวนรักษา เก็บไว้ในอารักขา และยึดหน่วงทรัพย์สินต่าง ๆ หรือคำสั่งให้ทำตัวอย่าง สังเกตการณ์ หรือทำการทดลองต่อทรัพย์สิน ตามมาตรา 44(2)(c) หรือศาลอาจออกมาตรการที่เกี่ยวกับการขายสินค้าอันเป็นประเด็นในการพิจารณาตามมาตรา 44(2)(d) หรือศาลอาจออกคำสั่งห้ามชั่วคราวระหว่างพิจารณา (interim injunction) เพื่อมิให้มีการจำหน่ายโอนทรัพย์สิน หรือคำสั่งตั้งผู้รักษาทรัพย์สินตามมาตรา 44(2)(e)

ศาลสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หากคู่พิพาทร้องขอในกรณีฉุกเฉิน หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ หรือคู่พิพาทฝ่ายที่เริ่มเสนอให้มีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการร้องขอ แม้การร้องขอนั้นจะเป็นช่วงระยะเวลาก่อนเริ่มมีการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ศาลสามารถมีคำสั่งตามที่ศาลเห็นสมควร เพื่อวัตถุประสงค์ในการสงวนรักษาพยานหลักฐานหรือทรัพย์สินต่าง ๆ ตามมาตรา 44(3) ส่วนในกรณีธรรมดา อันเป็นกรณีไม่ฉุกเฉิน คู่พิพาทจะมีสิทธิร้องขอต่อศาลได้จะต้องได้รับอนุญาตจากอนุญาโตตุลาการ หรือมีการตกลงระหว่างคู่พิพาทด้วยกันก่อนตามมาตรา 44(4)

คำสั่งของศาลที่ปรากฏในมาตรา 44 จะมีผลเป็นอันยกเลิกไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนถ้าอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอำนาจในการออกคำสั่งได้ออกคำสั่งไว้อย่างชัดเจนในประเด็นเรื่องนั้น ๆ

จะเห็นว่า การคุ้มครองชั่วคราวในประเทศอังกฤษ เป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายที่มีประสิทธิภาพมาก ผู้ได้รับความเสียหายสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลให้พิจารณาคำขอฝ่ายเดียวในกรณีฉุกเฉิน และศาลสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้แก่ผู้ยื่นคำร้อง แม้ผู้ยื่นคำร้องจะยังไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาล โดยมีหลักเกณฑ์ว่า⁸⁴

1. ผู้ร้องต้องบรรยายรายละเอียดอันแสดงถึงสิทธิของตนโดยย่อ และบรรยายเหตุที่จะฟ้องผู้กระทำความผิด
2. มีการกระทำหรือกำลังกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้อง
3. ผู้ยื่นคำร้องได้รับความไม่เป็นธรรมเพราะการกระทำของบุคคลอื่นที่เกิดขึ้นก่อนจะมีการพิจารณาฟังความสองฝ่าย หรือเพราะความล่าช้า
4. หากในภายหลังปรากฏว่าศาลไม่สมควรออกมาตรการดังกล่าว ผู้ยื่นคำร้องจะต้องสามารถชดเชยความเสียหายให้แก่คู่พิพาทอีกฝ่ายได้
5. ศาลต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย (Balance of convenience) ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้ชั่งน้ำหนักความเสียหาย คือ หลักเกณฑ์ในคำพิพากษาคดี *American Cyanamid v Ethicon*⁸⁵ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้ โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทเจ้าของสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ใหม่ที่ใช้เย็บแผล ฟ้องจำเลยบริษัทที่กำลังจะมาเปิดตลาดขายผลิตภัณฑ์เช่นเดียวกับโจทก์คือ ไหมที่ใช้เย็บแผลในประเทศอังกฤษ โดยโจทก์อ้างว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดต่อสิทธิบัตรของโจทก์ และมีการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ในคดีนี้มีประเด็นว่า ข้อเท็จจริงใดที่จำเป็นสำหรับการออกคำสั่งห้ามชั่วคราว (injunction) อันเป็นคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลห้ามคู่พิพาทในการกระทำบางอย่าง โดยในคดีนี้ House of Lord ได้วางแนวทางการพิจารณาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาล ซึ่งมีหลักเกณฑ์ตามข้อ 1 - 5 ที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น โดยหลักเกณฑ์ข้อ 5 เรื่อง ศาลต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย ศาลจะต้องพิจารณาว่า

⁸⁴ เจษฎา เพชรแอน, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองชั่วคราวในคดีผู้บริโภค" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มจร มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), หน้า. 57-58.

⁸⁵ Law Teacher, "American Cyanamid V Ethicon," [Online] Accessed: 16 October 2021. Available from: <https://www.lawteacher.net/cases/american-cyanamid-v-ethicon.php>

1. ในกรณีที่ศาลไม่อนุญาตตามคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ค่าเสียหายในท้ายที่สุดที่ผู้ยื่นคำร้องจะได้รับในกรณีที่ตนชนะคดีมีจำนวนที่เพียงพอแล้วหรือไม่ (เทียบกับความเสียหายจากการไม่มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว)

2. หากค่าเสียหายในท้ายที่สุดไม่เพียงพอ ศาลจะต้องพิจารณาว่ากรณีที่เกิดความเสียหายกับคู่พิพาทอีกฝ่ายในกรณีศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ผู้ยื่นคำร้องขอสามารถชดเชยความเสียหายดังกล่าวได้หรือไม่

3. หากศาลเห็นว่าทั้งสองฝ่ายต่างได้รับความเสียหาย และไม่สามารถเยียวยาด้วยค่าเสียหายได้ ศาลจะต้องพิจารณาว่าความเสียหายฝ่ายใดมากกว่ากัน

4. หากความเสียหายของทั้งสองฝ่ายสมดุลกัน ศาลก็ต้องคำนึงถึงสถานะเดิมของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย

เมื่อนำหลักดังกล่าวมาใช้กับข้อเท็จจริงในคดี *American Cyanamid v Ethicon* จะเห็นความเสียหายเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอมากกว่า ศาลจึงมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว

หลักเกณฑ์ในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ได้กล่าวมาในตอนต้นนี้มีลักษณะสอดคล้องกับความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPs) อันเป็นมาตรการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) กล่าวคือ ประเทศสมาชิกจะต้องจัดให้มีมาตรการที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการออกคำสั่งให้บุคคลหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เรียกว่า “injunction” ซึ่งบัญญัติไว้ใน TRIPs ข้อ 44 เพื่อให้ความคุ้มครองและเยียวยาแก่เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา⁸⁶

จะเห็นได้ว่า การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลในประเทศอังกฤษ ผู้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีต่อศาลก่อน ในขณะที่ประเทศไทย ผู้ที่จะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลได้ จะต้องยื่นคำร้องพร้อมกับคำฟ้องต่อศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254

⁸⁶ เจษฎา เพชรแอน, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองชั่วคราวในคดีผู้บริโภค," หน้า. 57-58.

4.2.1.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 38 มาตรา 39 และ มาตรา 48 รับรองอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พร้อมกำหนด ประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้

มาตรา 38 กำหนดประเภทของคำสั่งที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งได้ในกรณีที่ คู่พิพาทมิได้ตกลงเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทตกลงเรื่องอำนาจของ อนุญาโตตุลาการ อำนาจของอนุญาโตตุลาการก็เป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงไว้ มาตรา 38 จึงมิใช่ บทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด คำสั่งที่ปรากฏในมาตรา 38(3) (5) และ (6) ล้วนเป็นคำสั่งกำหนดให้มี มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

คำสั่งประเภทแรก คือ คำสั่งให้จัดหาหลักประกัน มาตรา 38 กำหนดให้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้เรียกร้องจัดวางหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายในการ ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ โดยคำสั่งให้จัดหาหลักประกันตามมาตรา 38(3) ไม่สามารถนำมาใช้ บังคับได้ หากผู้เรียกร้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศอังกฤษและเวลส์ หรือไอร์แลนด์ เหนือ หรือเป็นบริษัทหรือสมาคมที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศนอกอาณาเขตประเทศ อังกฤษและเวลส์ หรือไอร์แลนด์เหนือ

คำสั่งประเภทที่สอง คือ คำสั่งให้จัดการทรัพย์สินใด ๆ อันเป็นประเด็นใน กระบวนการพิจารณาและทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของหรืออยู่ในความครอบครองของคู่พิพาทใน กระบวนการพิจารณา ตามมาตรา 38(4) เช่น คำสั่งให้ตรวจสอบ ถ่ายภาพ สงวนรักษา เก็บไว้ใน อารักขาหรือยึดหน่วงทรัพย์สินโดยอนุญาโตตุลาการ ผู้เชี่ยวชาญ หรือคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือคำสั่ง ให้มีการทำตัวอย่าง สัมผัสการณ หรือทำการทดลองต่อทรัพย์สิน เป็นต้น

คำสั่งประเภทสุดท้าย คือ คำสั่งให้คู่พิพาทสงวนรักษาพยานหลักฐานซึ่งอยู่ใน ความครอบครองหรือควบคุมของคู่พิพาท เพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ตาม มาตรา 38(6)

ส่วนมาตรา 39 กำหนดว่าคู่พิพาทมีเสรีภาพที่จะตกลงกันเพื่อให้ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เพื่อให้สามารถบังคับตามคำชี้ขาดสุดท้าย ได้ โดยมาตราดังกล่าวได้ยกตัวอย่างขอบเขตของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการ สามารถสั่งได้ เช่น คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อการชำระหนี้หรือจำหน่ายทรัพย์สินระหว่างคู่พิพาท (a

provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties) หรือคำสั่งให้ชำระเงินชั่วคราวเนื่องจากค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ (an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration) เป็นต้น ซึ่งอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจได้ก็ต่อเมื่อคู่พิพาทตกลงให้อำนาจเท่านั้น ถ้าคู่พิพาทไม่ได้ตกลงให้อำนาจ อนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจ

มาตรา 48 กำหนดว่า กำหนดประเภทของคำสั่งที่อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งได้ในกรณีที่คู่พิพาทมีข้อตกลงเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจเช่นเดียวกับศาล สั่งให้คู่พิพาทกระทำหรืองดเว้นการกระทำบางอย่าง หรือสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาตามมาตรา 48(5)(a)(b)

ข้อสังเกต คำสั่งให้จัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 38 และคำสั่งให้ชำระเงินชั่วคราวเนื่องจากค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 39 แม้จะเป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการเหมือนกัน แต่อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจสั่งให้ชำระเงินชั่วคราวตามมาตรา 39 ได้ คู่พิพาทต้องมีการตกลงให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการในข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ (opt-in power) ในขณะที่คำสั่งให้จัดหาหลักประกันตามมาตรา 38 แม้คู่พิพาทจะไม่ให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ แต่อนุญาโตตุลาการก็สามารถมีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทจัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการได้ (opt-out power)⁸⁷

สำหรับหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 ไว้อย่างชัดเจน จึงต้องพิจารณาจากคำตัดสินในคดีต่าง ๆ หรือเทียบเคียงจากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ (arbitral convention) หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งพบว่าหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการมีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ กล่าวคือ ประการแรก คู่พิพาทต้องยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ประการที่สอง คู่พิพาทจะต้องมีมูล (prima facie case) อนุญาโตตุลาการจึงสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ ประการที่สาม มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ประการที่สี่ มีความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาหรือแก้ไขได้หากรอคำสั่ง

⁸⁷ Mohmeded, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales." p. 127.

ขาดของอนุญาโตตุลาการ และประการที่ห้า ความเสียหายร้ายแรงกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับ คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว⁸⁸

นอกจากนี้ เมื่อคู่พิพาทยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการไม่ จำต้องพิจารณาว่าคู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องมีโอกาสที่จะชนะในประเด็นข้อพิพาทหรือไม่ และ อนุญาโตตุลาการอาจปฏิเสธคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้ หากมาตรการดังกล่าวไม่สามารถป้องกัน ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ เช่น คดี Iran v United States คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องยื่นคำขอให้ อนุญาโตตุลาการห้ามมิให้คู่พิพาทอีกฝ่ายขายเชื้อเพลิงนิวเคลียร์ ซึ่งเชื้อเพลิงดังกล่าวคู่พิพาทฝ่าย เรียกร้องอ้างว่าเป็นของตน ปรากฏว่าเชื้อเพลิงถูกขายหมดแล้วก่อนที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจะยื่นคำ ร้องขอคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณามาตรการคุ้มครอง ชั่วคราว⁸⁹ เป็นต้น หรือคู่พิพาทไม่สุจริตอันสอดคล้องกับ หลัก equity ที่ว่าบุคคลที่ต้องการความ ยุติธรรมหรือต้องการมาพบสถาบันตามกฎหมาย มือของบุคคลนั้นจะต้องสะอาด (when one needs justice or when one goes to any legal institution one must go with clean hands.) ตัวอย่าง คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องทำสัญญาจัดจำหน่ายกับคู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน ซึ่งมีข้อตกลงให้คู่พิพาท ฝ่ายคัดค้านมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวขายหน้าจอสัมผัสระบบ touchscreen และคู่พิพาทฝ่าย คัดค้านยังได้เซ็นสัญญาในข้อตกลงห้ามค้าแข่ง (non-competition clause) กับคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง ปรากฏว่าคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องอ้างว่าคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านไม่ปฏิบัติตามสัญญา จึงขอยกเลิกสัญญา แล้วนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในขณะดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทฝ่าย เรียกร้องขอยื่นคำร้องขอให้อนุญาโตตุลาการห้ามมิให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านขายคอมพิวเตอร์ระบบ touchscreen อันเป็นสินค้าของผู้เรียกร้อง อนุญาโตตุลาการปฏิเสธคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว โดย ให้เหตุผลว่าคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องมีความไม่สุจริต เนื่องจากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องรู้ว่าคู่พิพาทฝ่าย คัดค้านผิดข้อสัญญาเป็นเวลากว่า 2 ปีแล้ว แต่เพิ่งมาร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในภายหลัง ซึ่งใน ระยะเวลา 2 ปีดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องได้รับเงินลงทุนจากคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านเป็นเงินจำนวน \$5000,000⁹⁰ เป็นต้น

⁸⁸ Ibid. p. 103.

⁸⁹ "Iran V United States of America, Case a-15 ", (24 November 1986).cited in Mohmeded, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales." p. 100.

⁹⁰ See "icc Partial Award 7972 ", (1997). cited in Mohmeded, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales." p. 101.

4.2.1.3 การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

อย่างที่ได้อธิบายมาในตอนต้น อนุญาโตตุลาการในประเทศอังกฤษมีอำนาจออก มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในเรื่องการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว มาตรา 41 แห่ง พระราชบัญญัตินี้กำหนดว่า คู่พิพาทสามารถตกลงอำนาจของอนุญาโตตุลาการได้ในกรณีที่คู่พิพาทอีก ฝ่ายผิดสัญญาในการดำเนินการบางอย่างที่จำเป็นเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่าง เหมาะสมและรวดเร็ว (proper and expeditious) หากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงในเรื่องดังกล่าว อำนาจ ของอนุญาโตตุลาการก็เป็นไปตามมาตรา 41 กล่าวคือ หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวโดยปราศจากเหตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจออก “Peremptory Order” ซึ่งในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จะขอแปลความคำนี้ว่า คำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราว อันเป็นคำสั่งที่กำหนดให้คู่พิพาทปฏิบัติตามระยะเวลาที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรตาม มาตรา 41(5) หากคู่พิพาทไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวได้ถ้าเป็นคำสั่ง ที่อนุญาโตตุลาการกำหนดให้จัดวางหลักประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (security for costs) อนุญาโตตุลาการอาจทำชี้ขาดยกข้อเรียกร้องของผู้ร้องได้ตามมาตรา 41(6) หากเป็นคำสั่งที่กำหนดประเภทมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอื่น ๆ กฎหมายให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ ไว้สี่ประการ ซึ่งอนุญาโตตุลาการสามารถเลือกได้ ได้แก่ ประการแรก มีคำสั่งให้คู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติ ตามไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งเป็นประเด็นแห่งคำสั่งนั้น ประการที่สอง ทำคำ วินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์ที่สมควร ประการที่สาม ดำเนินการทำคำชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว และ ประการสุดท้าย ให้จ่ายค่าเสียหายในการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ตามมาตรา 41(7)

ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พระราชบัญญัติฉบับนี้มาตรา 42 กำหนดให้ศาลมีบทบาทที่จะช่วยเหลือในการบังคับคำสั่งดังกล่าว กล่าวคือ หากอนุญาโตตุลาการร้องขอ โดยมีการแจ้งไปยังคู่พิพาททั้งสองฝ่ายแล้ว หรือคู่พิพาทร้องขอ โดยได้รับความยินยอมจากอนุญาโตตุลาการ และแจ้งไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว หรือคู่พิพาทตกลง ให้ศาลมีอำนาจตามมาตรา 42 ศาลจะมีคำสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการ คุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการก็ได้ ทั้งนี้ กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีอยู่จะต้องไม่ อาจเยียวยาต่อการที่คู่พิพาทไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งอนุญาโตตุลาการได้ และคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องไม่ได้

ปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการภายในระยะเวลาซึ่งกำหนดไว้ให้คู่พิพาทอีกฝ่ายปฏิบัติตามคำสั่ง หรือระยะเวลาผ่านไปสมควรแล้วในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ ตามมาตรา 42(3)(4)

คดีตัวอย่าง *Pearl Petroleum Company Ltd & Ors v The Kurdistan Regional Government of Iraq* [2015] EWHC 3361.⁹¹ อันเป็นคดีข้อพิพาทระหว่าง Pearl Petroleum Company Ltd. (PPCL) กับ The Kurdistan Regional Government of Iraq (KRG) ซึ่งมีข้อตกลงให้ PPCL ใช้ประโยชน์จากแหล่งก๊าซสองแห่งใน KRG, Khor Mor และ Chemchemal แล้ว PPCL จะได้รับค่าตอบแทนจากการก่อก๊าซธรรมชาติและ การขนส่งก๊าซ

ในระหว่างการพิจารณาอนุญาโตตุลาการ KRG ได้ยุติการจ่ายค่าตอบแทนให้ PPCL ซึ่งขัดต่อเงื่อนไขของข้อตกลง อนุญาโตตุลาการจึงได้ออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่กำหนดให้ KRG ชำระเงิน แต่ปรากฏว่า KRG ไม่ได้ทำ PPCL จึงยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อขอ peremptory order ซึ่ง อนุญาโตตุลาการก็มีคำสั่งดังกล่าว ซึ่งกำหนดให้ KRG ต้องจ่ายเงินจำนวน 100 ล้านดอลลาร์ให้แก่ PPCL ที่ถึงกำหนดชำระภายใต้ข้อตกลงภายใน 30 วัน

อย่างไรก็ตาม KRG ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวภายในระยะเวลา อนุญาโตตุลาการจึงอนุญาตให้ PPCL นำคำสั่งดังกล่าวไปให้ศาลสูงแห่งอังกฤษและเวลส์บังคับให้ตาม พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 ประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณา ได้แก่ ประเด็นแรก ความสมบูรณ์และการบังคับ “คำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว” ภายใต้พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 และ ประเด็นที่สอง KRG จะได้รับการยกเว้นจากเขตอำนาจของศาล ภายใต้ State Immunity Act 1978 หรือไม่ ซึ่งในที่นี่จะขอกกล่าวถึงเฉพาะกรณีแรก

สำหรับประเด็นเรื่องความสมบูรณ์และการบังคับคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการ คุ้มครองชั่วคราว KRG โต้แย้งว่าการบังคับตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะ บังคับได้เฉพาะในกรณีที่คำสั่งของอนุญาโตตุลาการที่จะบังคับใช้ (เช่น คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาล ที่กำหนดให้ KRG ชำระเงินภายใต้ข้อตกลง) “เป็นคำสั่งที่สร้างขึ้นเพื่อการดำเนินการที่เหมาะสม (proper) และรวดเร็ว (expeditious) ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ” ตามพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 มาตรา 41 ซึ่งคำสั่งดังกล่าว KRG อ้างว่าไม่ใช่คำสั่งที่จำเป็นสำหรับการ

⁹¹ "Pearl Petroleum Co Ltd V Kurdistan Regional Government of Iraq", ใน *EWHC 3361 (Comm)*(20 November 2015).

ดำเนินการที่เหมาะสมและรวดเร็วของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ คำสั่งดังกล่าวจึงไม่สามารถบังคับใช้ได้ ซึ่งข้อต่อสู้ดังกล่าว ศาลมองว่าเป็นการตีความที่ไกลเกินไป (too far) โดยศาลให้เหตุผลว่า พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 41(5) กำหนดไว้อย่างชัดเจนเรื่องคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวว่าหากคู่พิพาทไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งภายในกำหนดระยะเวลา คู่พิพาทจะได้รับผลร้ายอะไรบ้าง และคำสั่งที่จำเป็นสำหรับกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมและรวดเร็ว จะต้องตีความให้หมายรวมถึงการปฏิบัติตาม peremptory order ด้วย อีกทั้งคำสั่งให้ชำระเงินให้กับ PPLC อันเป็นคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่รักษาสถานะเดิมของคู่พิพาท และคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นคำสั่งสำคัญที่คงไว้ซึ่งสาระสำคัญของการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการ (preserve the subject matter of the arbitration) ศาลจึงมีอำนาจบังคับคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกับ KRG ได้ ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 42

ประเด็นที่น่าสนใจ หากคู่พิพาทมิได้เลือกประเทศอังกฤษเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) ศาลในประเทศอังกฤษจะสามารถบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้หรือไม่

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 41 ไม่ใช่บังคับกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (foreign-seated arbitral tribunals)⁹² เพราะฉะนั้น การยอมรับและการบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศอยู่ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) หรือ อนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) ซึ่งตามอนุสัญญานิววยอร์ก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวยังไม่มีลักษณะเป็นที่สุด (final)⁹³ กล่าวคือ มาตรการดังกล่าวยังสามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือระงับได้ ดังนั้น มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบของคำชี้ขาดจึงไม่อาจถูกบังคับได้ ด้วยเหตุนี้ หากมีความจำเป็นที่จะต้องให้ศาลบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คู่พิพาทจึงควรร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อ

⁹² Nigel Blackaby KC, Constantine Partasides KC, and Alan Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press). p.408.

⁹³ Phillip Ashley and Louise Boswell, "Interim Measures in England and Wales," [Online] Accessed: 3 December 2022. Available from: <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-interim-measures/england-wales>

ศาลที่คู่พิพาทจะขอให้บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอีกครั้ง ทั้งนี้ การร้องขอดังกล่าวจะต้องไม่ขัดต่อข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ⁹⁴

4.2.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 44(5) กำหนดว่าไม่ว่าจะเป็นกรณีฉุกเฉินหรือไม่ ศาลจะดำเนินการตามคำร้องขอของคู่พิพาทได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการเช่นนั้นได้ หรือไม่สามารดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังปรากฏในคดี Gerald Metals SA v Timis [2016] EWHC 2327 (Ch) อันเป็นคดีแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและศาล ศาลจะเข้ามายุ่งเกี่ยวเฉพาะกรณีที่การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไม่สามารถดำเนินการไปได้ด้วยดี

ข้อเท็จจริงในคดี Gerald Metals SA v. Timis [2016] EWHC 2327 (Ch)⁹⁵ คือ “Gerald Metals มีข้อตกลงกับ Timis Mining ว่าจะจ่ายเงิน 50 ล้านดอลลาร์ให้กับ Timis Mining เพื่อเป็นเงินทุนในการพัฒนาเหมืองแร่เหล็กในเซียร์ราลีโอน โดย Timis Mining จะขายแร่เหล็กที่สกัดจากเหมืองให้กับ Gerald (offtake agreement) Timis Mining มีบริษัท Safeguard Management Corp ("Safeguard") เป็นผู้ดูแลรักษาผลประโยชน์ของเหมือง ภายหลังจาก Timis Mining ผิดสัญญา Gerald จึงเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบัน LCIA ก่อนที่จะมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ Gerald ได้ยื่นคำร้องต่อสถาบัน LCIA เพื่อจะขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน เพื่อจะขอคุ้มครองชั่วคราว กล่าวคือ ไม่ให้ Safeguard ซึ่งเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของเหมืองจำหน่ายทรัพย์สินในเหมือง LCIA ปฏิเสธคำขอของ Gerald Metals ในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน Gerald จึงไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉินต่อศาล

ศาลในคดีนี้กล่าวว่า ภายใต้อำนาจพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 มาตรา 44 ในกรณีฉุกเฉิน หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ หรือคู่กรณีฝ่ายที่เริ่มเสนอให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการร้องขอ แม้การร้องขอนั้นจะเป็นช่วงระยะเวลาก่อนเริ่มมีกระบวนการ

⁹⁴ Mohmeded, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales." p. 220.

⁹⁵ Herbert Smith Freehills, "English High Court Has No Power to Grant Urgent Relief under Arbitration Act Where Urgent Relief Could Be Granted by Expedited Tribunal or Emergency Arbitrator under Lcia Rules," [Online] Accessed: 3 November 2021. Available from: <https://hsfnotes.com/arbitration/2016/10/07/>

อนุญาโตตุลาการ ศาลสามารถมีคำสั่งตามที่ศาลเห็นสมควร เพื่อวัตถุประสงค์ในการสงวนรักษา พยานหลักฐานหรือทรัพย์สินต่าง ๆ ตามมาตรา 44(3) อันเป็นการสนับสนุนการดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตามมาตรา 44(5) ระบุว่าศาลจะดำเนินการตามคำร้องขอของคู่พิพาทได้ ถ้าปรากฏต่อศาลว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการเช่นนั้นได้ หรือไม่สามารถ ดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเมื่อพิจารณาข้อบังคับของสถาบัน LCIA แม้การร้องขอแต่งตั้ง อนุญาโตตุลาการฉุกเฉินเพื่อร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉินจะไม่ตัดสิทธิคู่พิพาทในการร้องขอคุ้มครอง ชั่วคราวฉุกเฉิน แต่ในกรณีนี้ศาลเห็นว่าไม่มีเหตุฉุกเฉินที่ Gerald จะมาขอคุ้มครองชั่วคราว เพราะ อนุญาโตตุลาการมีอำนาจและความสามารถในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่มีประสิทธิภาพ และ ไม่ใช่กรณีที่เป็นเรื่องเร่งด่วนที่จะไม่สามารถรอการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ แล้วต้องมาขอศาล จึง ยกคำร้อง”

4.2.2 ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่ง ลอนดอน (The London Court of International Arbitration Rule: LCIA)⁹⁶

สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งลอนดอน (The London Court of International Arbitration: LCIA) เดิมเรียกว่า London Court of Arbitration ตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1892 โดยข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ LCIA ได้รับการปรับปรุงแก้ไขเมื่อปี ค.ศ.2020 ซึ่งมีผล บังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ.2020

ในประเด็นเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของ LCIA ข้อ 25.1 กำหนดว่า อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจตามที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นคำร้องขอคุ้มครอง ชั่วคราวหลังจากที่อนุญาโตตุลาการให้โอกาสคู่พิพาททุกฝ่ายในการแก้ต่างต่อคำขอและเงื่อนไขที่ อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรในพฤติการณ์นั้น โดยได้ระบุประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ อนุญาโตตุลาการสามารถออกได้ ดังนี้

ประการแรก คำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านจัดหาหลักประกันทั้งหมดหรือบางส่วนของ จำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทตามทีอนุญาโตตุลาการเห็นสมควร

⁹⁶ LCIA, "Lcia Arbitration Rule," [Online] Accessed: 15 October 2021. Available from: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx

ประการที่สอง คำสั่งให้สงวนรักษา เก็บไว้ในอารักขา ขายหรือจำหน่ายประการใดซึ่งทรัพย์สินหรือสิ่งของใด ๆ ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และจำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับมูลความแห่งอนุญาโตตุลาการ

ประการที่สาม คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งจะให้อนุญาโตตุลาการสามารถบังคับตามคำสั่งขาดในท้ายที่สุดได้

นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นข้อเรียกร้อง หรือฝ่ายที่ยื่นข้อเรียกร้องแย้ง หรือฝ่ายที่ยื่นข้อเรียกร้องกลับ จัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายตามกฎหมายและค่าใช้จ่ายการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการภายใต้เงื่อนไขที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสมตามพฤติการณ์ รวมถึงค่าเสียหายที่เกิดจากการที่คู่พิพาทอีกฝ่ายต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้จัดหาหลักประกัน อนุญาโตตุลาการอาจลงโทษคู่พิพาท โดยระงับข้อเรียกร้อง ข้อเรียกร้องแย้ง ข้อเรียกร้องกลับของคู่พิพาท หรือชี้ขาดยกข้อเรียกร้องตามข้อ 25.2

อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามข้อ 25.1 ไม่กระทบกับสิทธิของคู่พิพาทในการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล โดยคู่พิพาทอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ โดยอาจยื่นก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และภายหลังการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการภายใต้พฤติการณ์พิเศษโดยได้รับอนุญาตจากอนุญาโตตุลาการก่อนอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งชี้ขาดข้อพิพาท ในกรณีที่คู่พิพาทร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลก่อนมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทจะต้องแจ้งการยื่นคำร้องขอและคำสั่งศาลต่ออนุญาโตตุลาการหลังอนุญาโตตุลาการได้รับการแต่งตั้ง และคู่พิพาททุกฝ่ายเป็นลายลักษณ์อักษรโดยทันทีดังปรากฏในข้อที่ 25.3

ในกรณีที่ตกลงดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของสถาบัน LCIA คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะต้องตกลงไม่ยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายวางหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายทางกฎหมายหรือค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการดังปรากฏในข้อ 25.4

ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ ณ เวลานั้นยังไม่มี การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หากมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อ LCIA เพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการชั่วคราวเพียงคนเดียวในทันทีเพื่อดำเนินการพิจารณาคดีฉุกเฉิน โดยจะต้องระบุเหตุผลในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเช่นว่านั้น และระบุมมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ต้องการพร้อมเหตุผลตามข้อบังคับข้อ 9B ซึ่งในภาษากฎหมาย เรียก

บุคคลภายนอกซึ่งได้รับเลือกจากคู่สัญญาให้ทำหน้าที่ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉิน ณ เวลาที่ยังไม่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการว่า “อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน” (Emergency Arbitrator)⁹⁷

ข้อสังเกต การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการปี ค.ศ.1996 ไม่ปรากฏว่ามีมาตราใดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวโดยทำการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) ประกอบกับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ข้อ 25.1 กำหนดว่า “อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจตามที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวหลังจากที่อนุญาโตตุลาการให้โอกาสคู่พิพาททุกฝ่ายในการแก้ต่างต่อคำขอและเงื่อนไขที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรในพฤติการณ์นั้น...” แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวโดยอาศัยพยานหลักฐานจากคู่พิพาทฝ่ายเดียวได้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีแนวความเห็นอีกแนวทางหนึ่งว่า แม้กฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการอังกฤษไม่ได้บัญญัติเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ และไม่ได้บัญญัติห้ามศาลไม่ให้ใช้อำนาจดังกล่าวในขณะที่อนุญาโตตุลาการใช้ อำนาจ อนุญาโตตุลาการและศาลจึงมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียว (concurrent power)⁹⁸

ในปี ค.ศ. 2021 คู่พิพาทที่ใช้บริการสถาบันอนุญาโตตุลาการ LCIA จำนวน 57 คู่พิพาทร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คู่พิพาทนิยมร้องขอ คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทจัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอนุญาตตามคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว 21 คำร้อง และปฏิเสธคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว 24 คำร้อง ส่วนคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวที่เหลือ 12 คำร้อง ถูกยกเลิกระงับ หรือรอการพิจารณา⁹⁹

⁹⁷ ศักรินทร์ บุญรอด, "การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ," หน้า. 237.

⁹⁸ Lee, J., "Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of Uk, Singapore and Taiwan," *CONTEMP. Asia ARB.* J. p. 231.

⁹⁹ Herbert Smith Freehills, "Lcia Publishes Its Casework Report for 2021 – Showing among Other Things an Increased Number of Cases from North America and the Middle East and Continued Improvement in Arbitrator Diversity in Appointments by the Lcia Court," [Online] Accessed: 1 November 2022. Available from: <https://hsfnotes.com/arbitration/2022/06/07/lcia-publishes-its-casework-report-for-2021>

4.3 กฎหมายสิงคโปร์

ในเวลาไม่ถึง 20 ปี ประเทศสิงคโปร์กลายเป็นประเทศที่ขึ้นชื่อในเรื่องการอนุญาโตตุลาการ เดิมประเทศสิงคโปร์เป็นอาณานิคมของอังกฤษและสืบทอดระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ ปี ค.ศ. 1953 ซึ่งใช้กับการอนุญาโตตุลาการทั้งในและนอกประเทศ มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของอังกฤษ ปี ค.ศ. 1950 เป็นแบบในการร่างกฎหมาย ทำให้รัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวให้อำนาจศาลในการแทรกแซงอำนาจอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมาก ซึ่งในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กฎหมายก็บัญญัติให้ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์ เป็นเวลากว่า 40 ปี จนกระทั่งปี ค.ศ. 1995 มีการเริ่มใช้รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงทัศนคติที่เปลี่ยนไปของประเทศสิงคโปร์ที่มีต่อกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยมีกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model law) เป็นแบบในการร่างกฎหมาย ส่วนการอนุญาโตตุลาการในประเทศยังคงอยู่ภายใต้รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1953 จนกระทั่งปี ค.ศ. 2002 รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1953 ถูกแทนที่ด้วยรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2001 ทำให้การอนุญาโตตุลาการภายในประเทศสิงคโปร์มีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model law) ซึ่งการนำกฎหมายแม่แบบไปใช้กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก่อน เป็นผลมาจากการตัดสินใจเชิงนโยบายเพื่อคิดว่ากฎหมายแม่แบบจะได้รับการตอบรับที่ดีเพียงใดในการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก่อนที่จะขยายไปสู่การอนุญาโตตุลาการในประเทศ เมื่อได้รับการตอบรับที่ดีจากอนุญาโตตุลาการและผู้ปฏิบัติงานในประเทศสิงคโปร์ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องปรับกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model law) เพื่อจำกัดความแตกต่างระหว่างการอนุญาโตตุลาการในประเทศและการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2001 จึงถูกตราขึ้น¹⁰⁰

ปัจจุบันกฎหมายที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์มีอยู่สามฉบับ คือ รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 (แก้ไขเพิ่มเติม ปี ค.ศ. 2020) กฎหมายแม่แบบ ซึ่งใช้

¹⁰⁰ MOHA N R. PILLAY, "The Singapore Arbitration Regime and the Uncitral Model Law," *ARBITRATION INTERNATIONAL* 20, 4 (2004). p. 356-357.

กับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2001 ซึ่งใช้กับการอนุญาโตตุลาการในประเทศ

4.3.1 รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2001 (the Arbitration Act 2001)¹⁰¹

อย่างที่ได้อธิบายมาในตอนต้น การอนุญาโตตุลาการในประเทศอยู่ภายใต้รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 2001 (the Arbitration Act 2001) รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับดังกล่าวได้ตราขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยยึดเอากฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เป็นแบบในการร่างกฎหมาย ในกฎหมายฉบับดังกล่าวจึงมีการระบุให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน

4.3.1.1 อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

บทบาทของศาลในการสนับสนุนกระบวนการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ มาตรา 31 กำหนดให้ศาลมีอำนาจตามที่ระบุในมาตรานี้เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ ประการแรก ศาลมีอำนาจสั่งในเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 28 (the same power to make orders in respect of any of the matters set out in section 28 as it has for the purpose of and in relation to an action or matter in the Court) ประการที่สอง ศาลมีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทวางหลักประกันในทุนทรัพย์ที่พิพาท (securing the amount in dispute) ประการที่สาม ศาลมีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทระงับการหรืองดเว้นการกระทำการเพื่อมิให้คำชี้ขาดตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นผลบังคับด้วยเหตุคู่พิพาทจำหน่ายโอนทรัพย์สินออกไป (ensuring that any award which may be made in the arbitral proceedings is not rendered ineffectual by the dissipation of assets by a party) ประการที่สี่ ศาลมีอำนาจสั่งห้ามชั่วคราวระหว่างพิจารณา หรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอื่นใด (an interim injunction or any other interim measure)

คำสั่งของศาลตามที่ได้กล่าวมาในตอนต้นตามมาตรานี้จะมีผลเป็นอันยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วนแล้วแต่กรณี ถ้าอนุญาโตตุลาการ หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการใดมีอำนาจในการออกคำสั่งในประเด็นที่ได้ระบุมาในมาตรานี้ โดยมีคำสั่งออกมาอย่างชัดเจน

¹⁰¹ Singapore Statutes Online, "Arbitration Act," [Online] Accessed: 16 October 2021. Available from: <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001#pr28->

4.3.1.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 28 (1) กำหนดให้คู่พิพาทอาจตกลงกันเกี่ยวกับอำนาจที่อาจใช้โดยอนุญาโตตุลาการเพื่อการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ส่วนมาตรา 28 (2) กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจสั่งการให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่กระทบอำนาจที่คู่พิพาทตกลงให้อนุญาโตตุลาการตามอนุมาตรา (1) คู่พิพาทจึงสามารถ ตกลงให้อำนาจของอนุญาโตตุลาการแตกต่างจากมาตรา 28(2) ได้

รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 28(2) บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด เช่น การจัดวางหลักประกัน (Security for Costs) การสงวนรักษาและพิทักษ์ชั่วคราวซึ่งหลักฐานใด ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ในการพิจารณาคดี (the preservation and interim custody of any evidence for the purposes of the proceedings) คำสั่งให้ทำตัวอย่าง สัมผัสการณ์ หรือทำการทดลองต่อทรัพย์สินอันเป็นประเด็นในการพิจารณา (samples to be taken from, or any observation to be made of or experiment conducted upon, any property which is or forms part of the subject matter of the dispute) และการสงวนรักษาพิทักษ์ทรัพย์สินชั่วคราว หรือจำหน่ายซึ่งทรัพย์สินอันเป็นประเด็นในการพิจารณาได้ (the preservation, interim custody or sale of any property which is or forms part of the subject matter of the dispute)

สำหรับ คำสั่งให้จัดหาหลักประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 28(2)(a) ไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ หากผู้เรียกร้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีถิ่นที่อยู่นอกอาณาเขตสิงคโปร์ หรือเป็นบริษัทหรือสมาคมที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศนอกอาณาเขตสิงคโปร์ หรือมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่นอกอาณาเขตสิงคโปร์ ดังปรากฏในมาตรา 28(3)

4.3.1.3 การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 28(4) กำหนดว่าคำสั่งหรือมาตรการที่สั่งโดยอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการ จะต้องมียุทธบังคับเสมือนคำสั่งหรือมาตรการนั้นถูกสั่งโดยศาล

4.3.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

มาตรา 31(3) กำหนดว่าคำสั่งตามมาตรา 31 ที่ศาลจะมีอำนาจสั่ง (อันรวมถึงคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว) ศาลจะต้องคำนึงถึงคำขอใด ๆ ที่ทำขึ้นต่อหน้าอนุญาโตตุลาการ หรือคำสั่งใด ๆ ของอนุญาโตตุลาการในประเด็นเรื่องดังกล่าว

4.3.2 รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (The International Arbitration Act: IAA)¹⁰²

รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ค.ศ. 1994 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศโดยนำกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) มาใช้เป็นแบบในการร่างกฎหมาย เพื่อให้รัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้ โดยไม่ขัดต่ออนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) หรือเรียกสั้น ๆ ว่าอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) อันเป็นที่ยอมรับในระดับสากล ซึ่งจะส่งผลให้ประเทศสิงคโปร์เป็นศูนย์กลางอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวให้ความสำคัญกับความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญามากกว่าการแทรกแซงของศาล¹⁰³ ซึ่งรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการต่างประเทศฉบับดังกล่าวได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ในปี ค.ศ. 2020

4.3.2.1 อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IAA) มาตรา 12(A) บัญญัติเรื่องบทบาทของศาลในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยกำหนดว่ามาตรา 12(A) จะต้องถูกใช้ในลักษณะที่สอดคล้องกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และสามารถบังคับได้ไม่ว่าสถานที่ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในอาณาเขตของสิงคโปร์หรือไม่ ดังปรากฏในคดี *Front Carriers Ltd v Atlantic & Orient Shipping Corp* [2006] SGHC 127 ซึ่งศาลสูงสิงคโปร์สามารถออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เพื่อช่วยเหลือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการซึ่งกระทำนอกประเทศสิงคโปร์ได้ ซึ่งคดีดังกล่าวกลับหลักในคดี *Swift Fortune Ltd v Magnifica*

¹⁰² Singapore Statutes Online, "International Arbitration Act," [Online] Accessed: 16 October 2021. Available from: <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>

¹⁰³ MOHA N R. PILLAY, "The Singapore Arbitration Regime and the UNCITRAL Model Law," *ARBITRATION INTERNATIONAL*. p. 357.

Marine SA [2006] SGCA ซึ่งศาลสูงไม่สามารถออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ มาตรการนี้จึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการยืนยันว่าศาลสิงคโปร์มีอำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวนอกประเทศสิงคโปร์ได้

The General Division of the High Court ของประเทศ Singapore มีอำนาจในการออกคำสั่งเช่นเดียวกับอนุญาโตตุลาการดังที่ระบุไว้ในมาตรา 12(1)(c)-(j)¹⁰⁴ อันรวมถึงคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด ทั้งนี้ The General Division of the High Court อาจปฏิเสธอำนาจในการมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ หากศาลเห็นสมควรว่าสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการอยู่นอกประเทศสิงคโปร์ หรือมีแนวโน้มว่าจะอยู่นอกประเทศสิงคโปร์ เมื่อมีการตัดสินหรือกำหนดสถานที่ทำการอนุญาโตตุลาการแล้วจะทำให้เป็นการไม่เหมาะสมที่ศาลจะมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าว

คู่พิพาทสามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้โดยตรงในกรณีที่เป็นการฉุกเฉิน หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการอนุญาโตตุลาการ หรือคู่พิพาทที่เริ่มเสนอให้มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการร้องขอ the General Division of the High Court อาจมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหากศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ในการสงวนรักษาพยานหลักฐานหรือทรัพย์สินต่าง ๆ ส่วนในกรณีธรรมดาอันเป็นกรณีไม่ฉุกเฉิน คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้สัญญาจะมีสิทธิร้องขอต่อศาลได้ คู่พิพาทจะต้องแจ้งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายทราบ รวมถึงแจ้งต่ออนุญาโตตุลาการและต้องได้รับอนุญาตจากอนุญาโตตุลาการก่อน หรือมีข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างคู่พิพาทว่าสามารถกระทำได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁰⁴ 12(1) “Without prejudice to the powers set out in any other provision of this Act and in the Model Law, an arbitral tribunal has powers to make orders or give directions to any party for —

- (c) giving of evidence by affidavit;
- (d) the preservation, interim custody or sale of any property which is or forms part of the subject matter of the dispute;
- (e) samples to be taken from, or any observation to be made of or experiment conducted upon, any property which is or forms part of the subject matter of the dispute;
- (f) the preservation and interim custody of any evidence for the purposes of the proceedings;
- (g) securing the amount in dispute;
- (h) ensuring that any award which may be made in the arbitral proceedings is not rendered ineffectual by the dissipation of assets by a party;
- (i) an interim injunction or any other interim measure; and
- (j) enforcing any obligation of confidentiality...”

คำสั่งที่ระบุไว้ในมาตรา 12(1)(c)-(j) ที่ออกโดย the General Division of the High Court จะมีผลเป็นอันยกเลิกไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนถ้าอนุญาโตตุลาการหรือสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีอำนาจในการออกคำสั่งได้ออกคำสั่งไว้อย่างชัดเจนในประเด็นเรื่องนั้น ๆ

4.3.2.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (IAA) มาตรา 12 บัญญัติรับรองอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยมาตรา 12(1) ได้กำหนดประเภทของคำสั่งที่อนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งได้ อันรวมถึงคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด ได้แก่ คำสั่งให้จัดหาหลักประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (security for costs) คำสั่งให้แสดงเอกสารและข้อเท็จจริงใด ๆ (discovery of documents and discovery of facts) คำสั่งให้ทำคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร (giving of evidence by affidavit) คำสั่งให้สงวนรักษา พิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว หรือจำหน่ายทรัพย์สินใด ๆ ที่เป็นหรือเป็นส่วนหนึ่งของประเด็นข้อพิพาท (the preservation, interim custody or sale of any property which is or forms part of the subject-matter of the dispute) คำสั่งให้สงวนรักษา และคุ้มครองชั่วคราวซึ่งพยานหลักฐานอันเป็นประเด็นในการพิจารณา (the preservation and interim custody of any evidence for the purposes of the proceedings) คำสั่งให้วางหลักประกันในทุนทรัพย์ที่พิพาท (securing the amount in dispute) คำสั่งให้คู่พิพาทกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการเพื่อมิให้คำชี้ขาดตามกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการสิ้นผลบังคับด้วยเหตุคู่พิพาทจำหน่ายโอนทรัพย์สินออกไป (ensuring that any award which may be made in the arbitral proceedings is not rendered ineffectual by the dissipation of assets by a party) หรือออกคำสั่งห้ามกระทำการใด ๆ เป็นการชั่วคราว หรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอื่นใด (an interim injunction or any other interim measure)

ทั้งนี้ คำสั่งที่ระบุในมาตรา 12 จะต้องไม่กระทบถึงอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติอื่นในรัฐบัญญัตินี้ และอำนาจของอนุญาโตตุลาการในกฎหมายแม่แบบ

สำหรับคำสั่งให้จัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 12(1)(a) ไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้ หากผู้เรียกร้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีถิ่นที่อยู่นอกอาณาเขตสิงคโปร์ หรือเป็นบริษัทหรือสมาคมที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศนอกอาณาเขตสิงคโปร์ หรือมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่นอกอาณาเขตสิงคโปร์ ดังปรากฏในมาตรา 12(5)

4.3.2.3 การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 12(6) ได้กำหนดว่าคำสั่งหรือมาตรการที่สั่งโดยอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจะต้องมีผลบังคับเสมือนคำสั่งหรือมาตรการนั้นถูกสั่งโดยศาล

ตัวอย่างคดีที่แสดงให้เห็นถึงสถานะของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ คือ คดี PT Pukuafu Indah and others v Newmont Indonesia Ltd and another [2012] 4 SLR 1157

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า¹⁰⁵ PT Pukuafu Indah and others (คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง) และ Newmont Indonesia Ltd (คู่พิพาทฝ่ายคัดค้าน) เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทอินโดนีเซียที่ดำเนินการเหมืองทองแดงและทองคำในประเทศอินโดนีเซีย คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านกล่าวหาว่าคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องทำผิดข้อตกลงการปล่อยตัว (The Release Agreement) ซึ่งคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจำต้องยุติการฟ้องร้องสองคดีที่คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องเริ่มดำเนินการในศาลอินโดนีเซีย ปรากฏว่าคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องไม่ยุติการฟ้อง แต่กลับดำเนินคดีต่อไป คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านจึงนำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใต้ข้อบังคับของ Singapore International Arbitration Centre (SIAC) เพื่อขอคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามข้อบังคับข้อที่ 26.1 (SIAC Rules ฉบับปี ค.ศ. 2010) เพื่อยับยั้งมิให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องดำเนินการฟ้องร้องต่อไป ซึ่งอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งห้ามมิให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องฟ้องร้องชั่วคราว (An interim anti-suit injunction) ซึ่งศาลสูงสิงคโปร์ (Singapore High Court) บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 12(6) คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจึงมายื่นคำร้องต่อศาลขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว

ศาลในคดีนี้ วางหลักว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกในรูปแบบของคำสั่งเป็นคำสั่ง ไม่ใช่คำชี้ขาด เพราะ นิยาม คำชี้ขาดในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มาตรา 2 บัญญัติว่า “คำชี้ขาด หมายถึง คำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการในประเด็นข้อพิพาท และรวมถึงคำชี้ขาดชั่วคราว คำชี้ขาดบางส่วน แต่ไม่รวมถึงคำสั่งใด ๆ ตามมาตรา 12” (a decision of the arbitral tribunal on the substance of the dispute and includes any interim, interlocutory or partial award, but *excludes* any orders or directions made under section 12)

¹⁰⁵ "Singapore High Court Examines Its Approach Towards Interim Orders in Arbitral Proceedings ", [Online]

Accessed: 3 November 2021. Available from: <https://hsfnotes.com/arbitration/2012/11/09/>

เพราะฉะนั้นศาลจึงไม่มีอำนาจในการตรวจสอบและเพิกถอนคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวตามรัฐธรรมนูญ
อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมาตรา 24 และกฎหมายแม่แบบตามมาตรา 34 แม้ศาลไม่อาจ
ตรวจสอบและเพิกถอนได้ แต่คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวมีลักษณะชั่วคราวสามารถแก้ไขหรือระงับใน
ระหว่างกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

ประเด็นที่น่าสนใจ หากคู่พิพาทเลือกประเทศอื่นนอกประเทศสิงคโปร์เป็น
สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) ศาลสูงสิงคโปร์จะสามารถบังคับ
ตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้หรือไม่

มาตรา 27(1) กำหนดว่า คำชี้ขาดต่างประเทศ หมายถึง คำชี้ขาดของ
อนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นตามข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในดินแดนของประเทศที่ลงนามใน
อนุสัญญา

คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (arbitral award) หมายความว่าตามคำนิยามที่
กำหนดในอนุสัญญา และยังหมายความรวมถึงคำสั่งหรือมาตรการที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการใน
ระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 12(1)(c)-(j)

อนุสัญญา (Convention) หมายถึง อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและ
การบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (the Convention on the
Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards adopted in 1958) โดยการ
ประชุมของสหประชาชาติว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ครั้งที่ 24

คำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign award) หมายถึง คำชี้ขาดของ
อนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นตามข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในดินแดนของประเทศที่ลงนามใน
อนุสัญญานอกประเทศสิงคโปร์

มาตรา 29(1) กำหนดว่า ภายใต้หมวดนี้ คำชี้ขาดต่างประเทศอาจถูกบังคับใช้
ในศาลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำในประเทศสิงคโปร์ที่อาจถูกบังคับใช้ตาม
มาตรา 19

มาตรา 31 กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของ
อนุญาโตตุลาการต่างประเทศ โดย มาตรา 31(2) กำหนดว่า ศาลที่ถูกร้องขออาจปฏิเสธบังคับตามคำ

ชี้ขาดต่างประเทศ หากคู่พิพาทซึ่งจะถูกบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจต่อศาลว่า

(a.) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการซึ่งคำชี้ขาดจะถูกทำขึ้น เป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาในขณะที่สัญญาอนุญาโตตุลาการถูกทำขึ้น

(b.) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้หรือตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(c.) ไม่มีการแจ้งให้ผู้ซึ่งจะถูกบังคับตามคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าต่อสู้อยู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้

(d.) ภายใต้อนุมาตรา 3 คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ

(e.) องค์ประกอบของอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกันไว้ หรือมิได้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาดในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้ หรือ

(f.) คำชี้ขาดยังไม่มีผลผูกพัน หรือได้ถูกเพิกถอน หรือระงับใช้เสียโดยศาลที่มีเขตอำนาจหรือภายใต้กฎหมายของประเทศที่ทำคำชี้ขาด

ตัวอย่างคดี CVG v CVH ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า¹⁰⁶ คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ขายผลิตภัณฑ์ของบริษัทคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง ในนามของบริษัทคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้อง (franchise) คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องกล่าวอ้างว่าคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านผิดข้อตกลงอนุญาตให้ขายผลิตภัณฑ์ (franchise) ส่วนคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านอ้างว่าคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องผิดข้อตกลงและจะขอยุติ

¹⁰⁶ King & Wood Mallesons, "Cvg V Cvh: Singapore Court Decides That Foreign Emergency Arbitration Awards Can Be Enforced in Singapore but Refuses Enforcement of This Particular Award.," [Online] Accessed: 1 December 2022. Available from: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=60f3e47d-e45a-470b-bb49-4b5c460baf9e> and Chua Lee Ming, "Cvg V Cvh," (Singapore High Court, 2022).

ข้อตกลง เรื่องเข้าสู่กระบวนการขึ้นอนุญาโตตุลาการ โดยคู่พิพาทตกลงดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน ICDR โดยเลือก รัฐ Pennsylvania ในสหรัฐอเมริกา เป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องยื่นคำขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ในกรณีฉุกเฉิน (Emergency Arbitrator) อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินได้รับการแต่งตั้งและ พิจารณาคำขอคุ้มครองชั่วคราว ปรากฏว่าอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินอนุญาตตามคำขอ และ ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบของคำสั่งชี้ขาด คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องจึงนำคำสั่งชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน (Emergency award) ไปให้ศาลในประเทศสิงคโปร์บังคับ ซึ่งศาลทำ การพิจารณาคำขอฝ่ายเดียวและบังคับตามคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน ปรากฏว่าใน เวลาต่อมาคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านยื่นคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งชี้ขาดดังกล่าว โดยอ้างเหตุผลด้วยกัน ทั้งหมด 4 ข้อ แต่ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเหตุผล 2 ข้อ คือ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน ไม่ใช่คำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign award) ตามรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ระหว่างประเทศ มาตรา 29 และคำสั่งชี้ขาดฉบับดังกล่าวขัดต่อหลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural Justice)

ศาลสูงสิงคโปร์ (Singapore High Court) ปฏิเสธที่จะบังคับตามคำสั่งชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินในรัฐ Pennsylvania สหรัฐอเมริกา โดยให้เหตุผลว่า คู่พิพาทฝ่าย คัดค้านไม่ได้รับโอกาสให้โต้แย้งพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งเสนอโดยคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องอันขัดต่อหลัก ความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural Justice)

ส่วนเหตุผลที่อ้างว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินไม่ใช่คำสั่งชี้ขาด ของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign award) ตามรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มาตรา 29 ศาลสูงสิงคโปร์ไม่เห็นด้วย โดยให้เหตุผลว่านิยามของคำว่า “คำสั่งชี้ขาดต่างประเทศ” (Foreign award) ตามมาตรา 29 จะต้องพิจารณาจากนิยามคำว่า “foreign award” ตามมาตรา 27 หมายถึง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นตามข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในดินแดนของ ประเทศที่ลงนามในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 นอกเหนือจากประเทศสิงคโปร์ และพิจารณา นิยาม “arbitral award” ตามมาตรา 27 ซึ่งกำหนดให้ arbitral award หมายถึง คำนิยามที่กำหนดไว้ ในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 (New York Convention 1958) และยังหมายความรวมถึงคำสั่ง หรือมาตรการที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการในระหว่างพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 12(1)(c)-(j) ซึ่งในอนุสัญญานิวยอร์ก ไม่ได้กำหนดว่าคำสั่งชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการรวมถึงคำสั่งชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินหรือไม่ เพียงกำหนดว่า คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะรวมทั้งคำสั่ง

ขาดที่ทำโดยอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นเฉพาะข้อพิพาทนั้น และคำชี้ขาดที่ทำโดยหน่วยงานอนุญาโตตุลาการถาวรซึ่งคู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานนั้นด้วยตามอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 มาตรา 1(2) ส่วนรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แม้ในหมวด 3 อันเป็นหมวดว่าด้วยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ มาตรา 27 ไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่าอนุญาโตตุลาการ แต่เมื่อพิจารณา หมวด 2 อันเป็นหมวดว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ มาตรา 2(1) กำหนดให้อนุญาโตตุลาการหมายถึงอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินด้วย แม้มาตรา 2(1) จะไม่นำไปใช้กับหมวด 3 ของรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ แต่เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้มีความสอดคล้องกันและตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย จึงให้ตีความว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Foreign Award) ให้รวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินด้วย

จะเห็นว่าคำสั่งหรือมาตรการตามมาตรา 12(1)(C)-(I) หากกระทำโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คำสั่งหรือมาตรการดังกล่าวจะถือว่าเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ และจะถูกบังคับใช้เช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 นอกจากนี้ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศยังหมายความรวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน¹⁰⁷ เพราะฉะนั้น ศาลในประเทศสิงคโปร์สามารถบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศรวมถึงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินต่างประเทศได้ หากคำชี้ขาดดังกล่าวไม่เข้ากรณีตามมาตรา 31(2)(a)-(f)

4.3.2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มาตรา 12A(6) กำหนดให้ศาลสูง (The General Division of the High Court) จะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ก็ต่อเมื่ออนุญาโตตุลาการ หรือสถาบันอนุญาโตตุลาการหรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากคู่พิพาทในเรื่องดังกล่าวไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการเช่นนั้นได้ หรือไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพไม่ที่จะเป็นการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีธรรมดาหรือการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉิน

คดีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและศาลคือ NCC International AB v Alliance Concrete Singapore Pte Ltd ซึ่งเป็นคดีที่มีประเด็นว่า

¹⁰⁷ Ming, C. L., "Cvg V Cvh."

ศาลควรให้ความช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่จะเกิดขึ้นหรือที่กำลังดำเนินอยู่เมื่อใด ศาลควรใช้อำนาจของตนในเรื่องนี้อย่างไร

คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า¹⁰⁸ NCC International AB (NCC) ทำสัญญาก่อสร้างสถานีรถไฟใต้ดินกับ Land Transport Authority โดยตกลงว่าจะก่อสร้างให้เสร็จภายในวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007 การก่อสร้างรถไฟใต้ดินจำเป็นต้องใช้ concrete NCC จึงทำสัญญากับ Alliance Concrete Singapore Pte Ltd (Alliance) ให้ Alliance จัดหาปูนผสมสำเร็จรูป (ready-mixed) คุณภาพดีมาให้ภายในระยะเวลาที่กำหนดเพื่อนำไปก่อสร้างสถานีรถไฟใต้ดิน ปรากฏว่าประเทศอินโดนีเซียตัดสินใจแบนการส่งออกทรายไปยังประเทศสิงคโปร์ในช่วงปลายเดือนมกราคม 2007 อันมีผลตั้งแต่วันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2007 ซึ่งทรายเป็นส่วนสำคัญในการทำปูนผสมสำเร็จรูป รัฐบาลสิงคโปร์จำต้องเข้ามาจับตาส่งทรายที่มีอยู่ (Government's Stockpile) ให้ NCC เพื่อให้ NCC ส่งให้ Alliance นำไปทำปูนผสมสำเร็จรูปแล้วนำมาส่งกลับให้ NCC อีกที ปรากฏว่า NCC กับ Alliance ไม่สามารถตกลงกันเรื่องราคาของทราย Alliance จึงจัดส่งปูนผสมสำเร็จรูปในปริมาณเล็กน้อยไว้สำหรับก่อสร้างโครงสร้างที่สำคัญ หลังจากนั้นไม่จัดส่งอีกต่อไป เรื่องเข้าสู่กระบวนการขึ้นอนุญาโตตุลาการ NCC ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวขอให้ศาลสั่งให้ Alliance ยังคงต้องจัดส่งปูนผสมสำเร็จรูปให้ตนตามสัญญาที่ได้ทำไว้ ศาลสูง (High Court) ยกคำร้อง NCC อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) ยกคำร้อง และวางหลักว่าคู่พิพาทจะมาร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลก็ต่อเมื่อการร้องขอต่ออนุญาโตตุลาการเป็นการไม่เหมาะสม ไม่มีประสิทธิภาพ และไม่สามารถประกันได้ว่าความเสียหายจะได้รับการเยียวยา ศาลจะไม่ไปแย่งหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ ศาลจะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเฉพาะกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถกระทำได้อันเป็นการสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างกรณีที่ศาลจะเข้าไปช่วยเหลือ เช่น กรณีเป็นการเร่งด่วน กรณีบังคับกับบุคคลที่สามอันเป็นบุคคลภายนอก เป็นต้น

เมื่อพิจารณาคดีนี้ จะเห็นว่าศาลมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเฉพาะกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถกระทำได้ แสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ของอนุญาโตตุลาการกับศาลเป็นไปในลักษณะที่อนุญาโตตุลาการมีบทบาทหลัก ส่วนศาลมีบทบาทรอง ทำหน้าที่เพียงเข้ามาช่วยเหลือและสนับสนุนให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

¹⁰⁸ Rajah and Tann LLP, "Extent of Court Intervention in Arbitration Proceeding," [Online] Accessed: 3 November 2021. Available from: 08-Mar-Extent-Of-Court-Intervention-Arb.pdf

อนึ่ง คดีนี้พิจารณาบทบาทที่เหมาะสมของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเมื่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการอยู่ระหว่างดำเนินการภายใต้รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการตามลำดับ โดยมีได้พิจารณาว่าอำนาจของศาลก่อตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ หรือรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ เรื่องดังกล่าวจึงไม่มีผลกระทบต่อคำวินิจฉัยของศาล (In the ensuing analysis, we set out our view on the proper role of the court in providing interim relief when arbitration proceedings are pending or in progress under the IAA and the AA, respectively. As our decision was unaffected by whether the court’s jurisdiction was founded on the IAA or the AA, we did not make any finding as to which of these statutes was applicable on the facts of this appeal.)

ข้อสังเกต ความแตกต่างเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศและการอนุญาโตตุลาการในประเทศ คือ รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทค่อนข้างสูง กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการภายใต้รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมีอำนาจทั้งหมดของอนุญาโตตุลาการภายใต้รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ และมีอำนาจเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่บัญญัติในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ดังปรากฏในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมาตรา 12 ซึ่งกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งให้วางหลักประกันในทุนทรัพย์ที่พิพาท (securing the amount in dispute) สั่งให้คู่พิพาทระงับการหรืองดเว้นการกระทำเพื่อมิให้คำชี้ขาดตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการสิ้นผลบังคับด้วยเหตุคู่พิพาทจำหน่ายโอนทรัพย์สินออกไป (ensuring that any award which may be made in the arbitral proceedings is not rendered ineffectual by the dissipation of assets by a party) และสั่งห้ามชั่วคราว หรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอื่นใด (an interim injunction or any other interim measure) ซึ่งคำสั่งทั้งสามประเภทนี้ อนุญาโตตุลาการภายในประเทศไม่สามารถมีคำสั่งได้ เพราะไม่ปรากฏในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.2001 มาตรา 28 แต่คำสั่งดังกล่าวกลับปรากฏในมาตรา 31 ซึ่งให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งได้ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายต้องการสงวนอำนาจบางประการให้กับศาลในกรณีที่มีการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นภายในประเทศ

4.3.3 ข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ สิงคโปร์ ค.ศ. 2016 (Singapore International Arbitration Centre: SIAC Rules)¹⁰⁹

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการข้อ 27 มีการบัญญัติให้อำนาจเพิ่มเติมแก่อนุญาโตตุลาการ นอกเหนือจากที่ได้ระบุไว้ในข้อบังคับนี้ ซึ่งอำนาจดังกล่าวคู่พิพาทสามารถตกลงให้แตกต่างกันได้ อำนาจที่ปรากฏในข้อ 27 นี้รวมไปถึงอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเภทของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถมีอำนาจสั่งได้ ได้แก่

ประการแรก อำนาจสั่งให้คู่พิพาทดำเนินการให้ทรัพย์สินหรือวัตถุในครอบครองหรือ ควบคุมพร้อมสำหรับการตรวจสอบ

ประการที่สอง อำนาจสั่งให้มีการคงสภาพ เก็บรักษา ขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินและ วัตถุที่เป็นหรือถือเป็นวัตถุแห่งข้อพิพาท

ประการที่สาม อำนาจสั่งให้คู่พิพาทนำเสนอเอกสารแก่อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทอีก ฝ่ายเพื่อตรวจสอบ และทำสำเนาเอกสารใด ๆ ซึ่งอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของคู่พิพาท ตามที่อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเกี่ยวข้องกับคดีและมีนัยสำคัญต่อผลของคดี

ประการที่สี่ อำนาจสั่งให้คู่พิพาทกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการเพื่อมิให้คำชี้ ขาดตามกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการสิ้นผลบังคับด้วยเหตุคู่พิพาทจำหน่ายโอนทรัพย์สิน ออกไป หรือโดยประการอื่น

ประการที่ห้า อำนาจสั่งให้คู่พิพาทวางหลักประกันค่าใช้จ่ายทางกฎหมายและ ค่าใช้จ่ายอื่นใดตามที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร

ประการที่หก อำนาจสั่งให้คู่พิพาทวางหลักประกันในทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนในกระบวนการพิจารณา

จะเห็นว่าอำนาจที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนี้มีลักษณะสอดคล้องกับอำนาจของ อนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสิงคโปร์

¹⁰⁹ SIAC, "Siac Rules," [Online] Accessed: 17 October 2021. Available from:

<https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20Thai%20-%20August%202017.pdf>

นอกจากนี้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ยังได้บัญญัติรับรองอำนาจของอนุญาโตตุลาการไว้ในข้อที่ 30 โดยกำหนดว่า เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอ อนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดให้คุ้มครองชั่วคราว หรือให้มีการเยียวยาอื่นใดเป็นการชั่วคราวตามที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร โดยอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้คู่พิพาทฝ่ายที่มีคำร้องนั้นวางประกันในจำนวนที่เหมาะสมตามที่คู่พิพาทฝ่ายที่มีคำร้องขอเยียวยาก็ได้

ในกรณีฉุกเฉิน หากคู่พิพาทประสงค์ขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทจะต้องดำเนินการขอคุ้มครองดังกล่าวตามขั้นตอนที่ระบุในตารางแนบท้าย 1 กล่าวโดยสรุป คู่พิพาทที่ประสงค์จะขอคุ้มครองชั่วคราวต้องยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินต่อนายทะเบียนไปพร้อมกันกับหรือหลังจากยื่นคำขอเริ่มต้นคดี แต่ต้องเป็นกรณีก่อนจัดตั้งอนุญาโตตุลาการ และในขณะเดียวกันกับที่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมีคำขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉิน คู่พิพาทฝ่ายนั้นต้องส่งสำเนาคำขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินไปยังคู่พิพาทฝ่ายอื่นด้วย โดยในคำขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินนั้นต้องมีรายละเอียดเรื่องลักษณะของการเยียวยาที่เรียกร้อง คำแถลงว่าเหตุใดคู่พิพาทฝ่ายดังกล่าวจึงสมควรได้รับการเยียวยา และคำแถลงที่รับรองว่าคู่พิพาทฝ่ายอื่นทั้งหมดได้รับสำเนาคำขอคุ้มครองชั่วคราวแล้ว หรือกรณีที่ไม่สามารถรับรองเช่นนั้นได้ต้องอธิบายขั้นตอนที่ได้กระทำไปโดยสุจริตเพื่อส่งสำเนาคำขอคุ้มครองชั่วคราวหรือหนังสือบอกกล่าวคู่พิพาทอื่นทั้งหมด

ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน SIAC ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะที่อนุญาโตตุลาการควรใช้ในการพิจารณาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่กำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจที่กว้างขวางตามที่เห็นสมควรในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ด้วยเหตุนี้เอง จึงมีการนำหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติมปี ค.ศ 2006 มาเป็นแนวทางในการพิจารณา ได้แก่

1. ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอโดยคำชี้ขาดข้อพิพาท
2. ความเสียหายนั้นร้ายแรงกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว
3. มีความเป็นไปได้ตามควร (reasonable possibility) ที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะในมูลคดี

ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ หรืออนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน ซึ่งมีสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในประเทศสิงคโปร์อาจ แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ศาลสูงสิงคโปร์ (Singapore High Court) ใช้ในการพิจารณาคำร้องขอ คุ้มครองชั่วคราว เพราะอนุญาโตตุลาการ (และอนุญาโตตุลาการกรณีฉุกเฉิน) ไม่ถูกบังคับตาม แนวทางปฏิบัติของศาลท้องถิ่น (Municipal Court) เมื่อพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว¹¹⁰

สำหรับประเด็นเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ ของสถาบัน SIAC และกฎหมายการอนุญาโตตุลาการของสิงคโปร์ไม่ได้อนุญาตหรือห้าม อนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาฝ่ายเดียวในเรื่องการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่นักวิจารณ์ บางคนแย้งว่าการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไม่ควรพิจารณาฝ่ายเดียว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ทำการ พิจารณาโดยไม่แจ้งให้อีกฝ่ายหนึ่งทราบเพราะการพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียวไม่ สอดคล้องกับหลักการของการอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ การอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้จากความ ยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อนุญาโตตุลาการจึงต้องรับฟังพยานหลักฐานจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อันสอดคล้องกับหลักกระบวนการพิจารณาโดยชอบหรือสุจริตกระบวนการ (Due Process) อย่งไรก็ดี คู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียวได้ หากรับประกันได้ว่าอนุญาโตตุลาการจะมีโอกาส รับฟังพยานหลักฐานจากคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยเร็ว (opportunity to be heard) แต่สำหรับอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไม่ สามารถยื่นไปยังอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินฝ่ายเดียวได้¹¹¹

คำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวที่คู่พิพาทไม่ว่าร้องขอโดยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต่อฝ่ายตุลาการ (ศาล) ให้มีคำสั่งก่อนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือหลังจากแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีมีเหตุ อันเป็นพฤติการณ์พิเศษ ย่อมไม่เป็นการขัดต่อความในข้อบังคับสถาบัน SIAC

ในปี ค.ศ. 2021 สถาบัน SIAC ได้รับคำร้องขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณี ฉุกเฉินอันเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จำนวน 15 คำร้อง ซึ่งสถาบัน SIAC อนุญาต ตามคำร้องทั้ง 15 คำร้อง ทำให้คำร้องขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินที่สถาบัน SIAC

¹¹⁰ John Choong, Mark Mangan, and Nicholas Lingard, *A Guide to the Siac Arbitration Rules* (Oxford: Oxford University Press, 2018). p. 238.

¹¹¹ *Ibid.* p. 239.

อนุญาตมีทั้งหมด 129 คำร้อง นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2010 อันเป็นปีที่ริเริ่มอนุญาโตตุลาการในกรณี
อุกฉิน¹¹²

4.4 กฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีน

4.4.1 รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (Arbitration Law of the People's Republic of China)

รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับดังกล่าวเป็นรัฐบัญญัติที่ใช้กับการอนุญาโตตุลาการ
ภายในประเทศ และการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ รัฐบัญญัตินี้ถูกตราขึ้นโดยมิได้มีการนำ
กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มาเป็นหนึ่งในต้นแบบการร่าง¹¹³ รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการและ
ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐประชาชนจีนจึงเป็นเพียงสองกฎหมายที่ใช้ในการ
ควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีนมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการ
อนุญาโตตุลาการในประเทศอื่น ๆ ในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน มาตรา
16 กำหนดว่าข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้กฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนจะต้อง
กำหนดและแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการผ่านสถาบันอนุญาโตตุลาการอย่างชัดเจน หากไม่มีการกำหนด
อนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะถือเป็นโมฆะ และคำชี้ขาดที่ตามมาจะ
ไม่มีผลบังคับหรืออาจถูกเพิกถอน เพราะไม่มีข้อตกลงอนุญาโตตุลาการที่ถูกต้องตามกฎหมายที่ใช้
บังคับ¹¹⁴

ในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับดังกล่าวยังคงควบคุมการจัดตั้งและสถานะทางกฎหมาย
ของสถาบันอนุญาโตตุลาการสาธารณรัฐประชาชนจีนทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศอย่าง
ละเอียด แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติอนุญาตหรือห้ามสถาบันการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เช่น
ICC ไว้อย่างชัดเจนที่จะดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีนในกรณีที่
คู่พิพาทกำหนดสาธารณรัฐประชาชนจีนให้เป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ เพียงแต่
สถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนั้นจะไม่ถือเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการภายใต้กฎหมาย

¹¹² SIAC, "Annual Report 2021," [Online] Accessed: 1 November 2022. Available from: <https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2022/06/SIAC-AR2021-FinalFA.pdf>

¹¹³ Zhang Shouzhi and King & Wood Malletsons, "Arbitration Procedures and Practice in China: Overview," [Online] Accessed: 5 January 2022. Available from: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/>

¹¹⁴ Ana Coimbra Trigo, "Recent Developments in Arbitration in China - Interim Measures, How to Achieve Proper Relief," *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 20, 55 (2016). p. 75.

อนุญาโตตุลาการสาธารณรัฐประชาชนจีน ทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศในสาธารณรัฐประชาชนจีนอาจใช้บังคับในศาลท้องถิ่น (local court) ไม่ได้¹¹⁵

ด้วยเหตุนี้เอง การอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในสาธารณรัฐประชาชนจีนจึงไม่มีการอนุญาโตตุลาการแบบดำเนินการเอง (ad hoc arbitration) เพราะสาธารณรัฐประชาชนจีนมีแนวความคิดดั้งเดิมว่า “เคารพในอำนาจของเจ้าหน้าที่ (respect to the power of office)” และไม่ไว้วางใจให้บุคคลควบคุมกันเอง¹¹⁶

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีนจึงมีลักษณะแตกต่างจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น เพราะกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการสาธารณรัฐประชาชนจีนบัญญัติให้อำนาจศาลเท่านั้นในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และคู่พิพาทไม่สามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลได้โดยตรง แต่ต้องร้องขอผ่านอนุญาโตตุลาการแล้วอนุญาโตตุลาการจะไปร้องขอต่อศาลต่อไป

4.4.1.1 อำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีนให้สิทธิแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการอนุญาโตตุลาการได้ โดยประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คู่พิพาทสามารถยื่นร้องขอได้มีสามประเภท ดังนี้¹¹⁷

ประเภทแรก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่สงวนรักษาทรัพย์สิน

(Preservation of Property) รัฐบาลบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 28 ให้สิทธิแก่คู่พิพาทในการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อสงวนรักษาทรัพย์สิน เช่น คำสั่งให้ยึดทรัพย์เพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ เพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยทรัพย์สินที่ขอให้ศาลยึดต้องเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาทในคดี เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว อนุญาโตตุลาการต้องนำคำร้องไปยื่นต่อศาลประชาชนที่มีอำนาจ ในกรณีที่เป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ศาลที่มีอำนาจ คือศาลประชาชนชั้นต้น (basic

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Woo-Jung Jon, "Interim Measures in Arbitration and Enforcement of Arbitral Awards in Korea and China," *Journal of Arbitration Studies* 26, 3 (2016). p. 72-75.

people's court) ที่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้เรียกร้องมีภูมิลำเนา หรือศาลประชาชนชั้นต้น (basic people's court) ที่เป็นที่ตั้งของทรัพย์สินที่ผู้เรียกร้องร้องขอ ส่วนในกรณีที่เป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลที่มีอำนาจ คือศาลประชาชนระดับกลาง(The intermediate people's court) ที่คู่พิพาทซึ่งเป็นผู้เรียกร้องมีภูมิลำเนา หรือศาลประชาชนระดับกลาง (The intermediate people's court) ที่เป็นที่ตั้งของทรัพย์สินที่ผู้เรียกร้องร้องขอตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลก่อนหรือขณะดำเนินการอนุญาโตตุลาการ อันเป็นการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนยื่นฟ้องต่อศาล โดยจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนมีสิทธิตามกฎหมาย (lawful rights) และหากตนไม่ได้รับการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว ความเสียหายที่ตนได้รับไม่สามารถเยียวยาแก้ไขได้ (irreparably damaged) นอกจากนี้คู่พิพาทจะต้องจัดหาหลักประกันอันมีมูลค่าเท่ากับทรัพย์สินที่ถูกยึด มิฉะนั้นศาลอาจยกคำร้อง¹¹⁸ เมื่อศาลรับคำร้อง ศาลจะทำการพิจารณาโดยมีคู่พิพาทเพียงฝ่ายเดียว (ex parte) ในกรณีที่คู่พิพาทยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะได้รับการแต่งตั้ง หากศาลมีคำสั่งตามคำร้อง คู่พิพาทจะต้องดำเนินการขออนุญาตอนุญาโตตุลาการภายใน 30 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง มิฉะนั้นศาลจะสั่งเพิกถอนคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวได้ ในกรณีที่คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเป็นคำสั่งที่เกิดจากความผิดพลาดอันส่งผลให้คู่พิพาทอีกฝ่ายได้รับความเสียหาย คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องจะต้องชดใช้ในความเสียหายนั้น

ประเภทที่สอง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทสงวนรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท (Preservation of evidence) เช่น คำสั่งยึดเอกสารต่าง ๆ เป็นพยานหลักฐาน มาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทดังกล่าวถูกระบุไว้ในมาตรา 46 แห่งรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรานี้กำหนดว่า ในสถานการณ์ที่มีความเป็นไปได้ว่าพยานหลักฐานจะถูกทำลาย หรือในโอกาสที่ได้มาซึ่งพยานหลักฐานจะเป็นไปด้วยความยากลำบาก คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานดังกล่าวได้ เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดยื่นคำร้องต่ออนุญาโตตุลาการแล้ว อนุญาโตตุลาการก็ต้องนำคำร้องดังกล่าวไปยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ในกรณีที่เป็นการดำเนินการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ ศาลที่มีอำนาจคือศาลประชาชนชั้นต้น (The basic people's court) ที่พยานหลักฐานตั้งอยู่ ส่วนในกรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ศาลที่มีอำนาจ คือศาลประชาชนระดับกลาง (The intermediate people's court) ที่พยานหลักฐานตั้งอยู่ตามรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการมาตรา 68 เมื่อศาลได้รับคำ

¹¹⁸ "Interim Measures in China," [Online] Accessed: 4 January 2022. Available from: <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-interim-measures/china>

ร้อง ศาลจะต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่ถูกทำลาย หรือในอนาคตการได้มาซึ่งพยานหลักฐานจะเป็นไปด้วยความยากลำบากหรือไม่ และสถานการณ์ดังกล่าวมีความเร่งด่วนหรือไม่ ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายใดยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ หากศาลมีคำสั่งตามคำร้อง คู่พิพาทจะต้องดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายใน 30 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง มิฉะนั้นคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวมีผลเป็นอันยกเลิกไป ศาลอาจกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจัดให้มีหลักประกันในการเก็บรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐาน¹¹⁹

ประเภทที่สาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อรักษาสถานะเดิมของคู่พิพาท (Interim Measures to Maintain the Status Quo) คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับตน อันเป็นการรักษาสถานะเดิมของคู่พิพาทฝ่ายยื่นคำร้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 101 ทั้งนี้ คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าสิทธิและผลประโยชน์อันชอบธรรมตามกฎหมายของผู้ร้องจะได้รับความเสียหายอันไม่อาจเยียวยาได้หากศาลไม่อนุญาตให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องร้องคู่พิพาทอีกฝ่าย หรือ ในที่นี้คือ ก่อนมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาทางอนุญาโตตุลาการ โดยคู่พิพาทจะต้องไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลที่มีเขตอำนาจ คือศาลประชาชนที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนา และศาลประชาชนที่ทรัพย์สินที่จะยึดตั้งอยู่ หรือศาลประชาชนที่มีเขตอำนาจนั้น และในการยื่นคำร้องดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องต้องจัดหาหลักประกันเพื่อประกันความเสียหายอันอาจเกิดจากคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หากคู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องไม่สามารถจัดหาหลักประกันได้ ศาลก็จะยกคำร้อง เมื่อคู่พิพาทยื่นคำร้องต่อศาลแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาคำร้องภายในสี่สิบแปดชั่วโมงหลังจากที่ศาลได้รับคำร้องแล้ว เมื่อศาลอนุญาตตามคำร้อง คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวจะมีผลบังคับแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายทันที ทั้งนี้ คู่พิพาทจะต้องไปดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการภายใน 30 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง มิฉะนั้นศาลอาจมีคำสั่งยกเลิกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

อนึ่ง เนื่องจากมาตรการประเภทรักษาสถานะเดิมของคู่พิพาทเป็นมาตรการที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสาธารณรัฐประชาชนจีน มิได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับมาตรการประเภทที่สงวนรักษาทรัพย์สินหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทสงวนรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้

¹¹⁹ Ibid.

ขาดข้อพิพาท จึงมีผู้แย้งว่ามาตรการประเภทรักษาสถานะเดิมของคู่พิพาทสามารถนำไปใช้ในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่

จะเห็นได้ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวสองประเภทแรก คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่สงวนรักษาทรัพย์สิน และมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทสงวนรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท คู่พิพาทไม่สามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลได้โดยตรง คู่พิพาทต้องยื่นคำร้องดังกล่าวต่ออนุญาโตตุลาการ แล้วอนุญาโตตุลาการก็นำคำร้องดังกล่าวไปยื่นต่อศาล คู่พิพาทจะสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวสองประเภทแรกต่อศาลได้เฉพาะกรณีที่ยังไม่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ส่วนประเภทที่สามคือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อรักษาสถานะเดิมของคู่พิพาท คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องต่อศาลได้โดยตรง แต่มาตรการดังกล่าวยังคงเป็นที่ถกเถียงว่าสามารถนำไปใช้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ การที่ต้องร้องขอคุ้มครองชั่วคราวผ่านอนุญาโตตุลาการ (สถาบันอนุญาโตตุลาการ) ทำให้นักวิชาการวิพากษ์วิจารณ์ว่าระบบนี้ก่อให้เกิดความล่าช้าและเห็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีนมีความสามารถไม่น้อยกว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่จะออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว¹²⁰ นอกจากนี้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวทั้งสามประเภท ศาลสามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ (ex parte) เนื่องจากศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนส่วนใหญ่กำหนดให้คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจัดหาหลักประกันแม้จะมีบทบัญญัติกฎหมายว่าศาลอาจกำหนดให้มีการจัดหาหลักประกันหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น เมื่อมีการพิสูจน์แล้วว่าการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ และคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวร้องขอ ศาลจะนำหลักประกันดังกล่าวไปชดเชยให้กับคู่พิพาทฝ่ายดังกล่าวที่ได้รับความเสียหายจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

โดยหลักแล้ว ศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนอันเป็นศาลในแผ่นดินใหญ่จะไม่มีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีสถานะที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการนอกสาธารณรัฐประชาชนจีน จนกระทั่งเมื่อปี ค.ศ.2019 หลังจากรัฐบาลฮ่องกงและรัฐบาลสาธารณรัฐประชาชนจีนมีข้อตกลงร่วมกันเรียกว่า “PRC-HK Interim Measures Arrangement” ฮ่องกงกลายเป็นสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

¹²⁰ Jingzhou Tao, "Salient Issues in Arbitration in China " *American University International Law Review* 27, 4 (2012). p. 820.

แห่งแรกนอกสาธารณรัฐประชาชนจีนที่คู่พิพาทในการอนุญาโตตุลาการอาจได้รับการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการจากศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

PRC-HK Interim Measures Arrangement¹²¹

PRC-HK Interim Measures Arrangement เป็นข้อตกลงว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันระหว่างศาลในแผ่นดินใหญ่และศาลในฮ่องกง (เขตการปกครองพิเศษ) ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ.2019 โดยข้อตกลงนี้ให้อำนาจศาลทั้งสองแห่งออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในอาณาเขตอื่น กล่าวคือ ศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนอันเป็นศาลในแผ่นดินใหญ่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการในฮ่องกง หากการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวถูกดำเนินการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ฮ่องกง เช่น HKIAC CIETAC ICC เป็นต้น ในทางกลับกัน ศาลฮ่องกงก็มีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีน อย่างไรก็ตาม ก่อนที่จะมี PRC-HK Interim Measures Arrangement ฮ่องกงก็มีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อช่วยเหลือกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีสถานที่ดำเนินการนอกฮ่องกงดังปรากฏในมาตรา 45 ของกฎหมายอนุญาโตตุลาการฮ่องกง¹²²

ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงใช้ข้อบังคับของสถาบัน HKIAC คู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ผ่านสถาบัน HKIAC ได้ตลอดระยะเวลาก่อนที่จะมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำว่า “ตลอดระยะเวลา” ให้ความหมายรวมถึงก่อนที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ในกรณีก่อนที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ คู่สัญญาซึ่งต่อมาจะเป็นคู่พิพาทสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนได้โดยตรงไม่ต้องผ่านสถาบัน HKIAC เมื่อศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนอนุญาตตามคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว คู่สัญญาจะต้องเริ่มดำเนินการอนุญาโตตุลาการและนำคำแถลงรับ (a letter of

¹²¹ Deacons, "Interim Measures Arrangement between Hong Kong and the Prc - an Update," [Online] Accessed: 1 July 2022. Available from: <https://www.deacons.com/2020/04/23/interim-measures-arrangement-between-hong-kong-and-the-prc-an-update/>

¹²² HKIAC, "Prc-Hk Interim Measures Arrangement: Frequently Asked Questions," [Online] Accessed: 1 July 2022. Available from: <https://www.hkiac.org/Arbitration/interim-measures-arrangement-faqs>

acceptance) ของ HKIAC ไปยื่นต่อศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนภายใน 30 วัน และไม่ว่าจะเป็นการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนหรือขณะดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทจะต้องมีการจัดหาหลักประกันที่เหมาะสม

ในปี ค.ศ. 2021 สถาบัน HKIAC นำคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจำนวน 25 คำร้องไปยื่นต่อศาลในสาธารณรัฐประชาชนจีนจำนวน 15 ศาล โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวส่วนใหญ่เป็นมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทสงวนรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐาน และสงวนรักษาทรัพย์สิน ซึ่งมีมูลค่ารวมกว่า 3.5 พันล้านหยวน ศาลในสาธารณชนจีนมีคำสั่งอนุญาตให้สงวนรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานและสงวนรักษาทรัพย์สินอันมีมูลค่า 1.5 พันล้านหยวน ในคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทที่ร้องขอร้อยละ 15 เป็นคู่พิพาทที่มาจากสาธารณรัฐประชาชนจีน และร้อยละ 85 เป็นคู่พิพาทจากฮ่องกง หมู่เกาะเคย์แมน ไอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ เซเชลส์ สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ และหมู่เกาะบริติชเวอร์จิน โดยทรัพย์สินหรือพยานหลักฐานที่ขอให้สงวนรักษาร้อยละ 69 เป็นทรัพย์สินของคู่พิพาทในสาธารณรัฐประชาชนจีน ร้อยละ 31 เป็นทรัพย์สินของคู่พิพาทชนชาติอื่น¹²³

4.4.1.2 อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการที่ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อย่างไรก็ตาม หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว อนุญาโตตุลาการก็จะมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และมาตรการดังกล่าวจะมีผลผูกพันทั้งสองฝ่าย หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอม อนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration agreement)¹²⁴

4.4.1.3 การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

ไม่ปรากฏในรัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการว่าให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการเฉกเช่นเดียวกับที่รองรับอำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว การขาดบทบัญญัติที่ยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครอง

¹²³ HKIAC, "Hkiac Releases Statistics for 2021," [Online] Accessed: 1 November 2022. Available from: <https://www.hkiac.org/news/hkiac-releases-statistics-2021>

¹²⁴ RAYMOND GAO, "Bridging an Access-to-Justice Gap for International Commercial Dispute Resolution: Recent Developments of Interim Measures in Cross Border Chinese Arbitration," *Colombia Journal of Transnational Law* 59, 3 (2021). p. 636-638.

ชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการไม่ได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายยินยอมให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.4.1.2 เพียงแต่มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการไม่สามารถใช้บังคับในศาลได้ จึงเกิดสถานการณ์ที่เรียกว่า "binding-yet-unenforceable" ด้วยเหตุนี้เอง จึงไม่น่าแปลกใจที่คู่พิพาทไม่นิยมใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีน ในปัจจุบันไม่ปรากฏคดีที่ศาลบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ¹²⁵ อย่างไรก็ตาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการที่มีสถานะที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีน (Mainland) อาจได้รับการยอมรับและบังคับใช้ในศาลที่ฮ่องกงได้ ในขณะเดียวกัน คู่พิพาทที่ตกลงให้สาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการก็สามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลฮ่องกงได้¹²⁶

มีประเด็นที่น่าสนใจว่า หากทรัพย์สินของผู้ที่จะถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอยู่ในสาธารณรัฐประชาชนจีน ศาลในสาธารณรัฐประชาชนจีนจะบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการให้หรือไม่ (กรณีสถานที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการอยู่นอกสาธารณรัฐประชาชนจีน) ในประเด็นนี้ก็ได้มีการถกเถียงใน ICC ในปีค.ศ. 2000 “มีความเป็นไปได้ว่าการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบของคำชี้ขาด (award) ของอนุญาโตตุลาการเพิ่มโอกาสให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะโดยสมัครใจ หรือไปร้องขอต่อศาลให้บังคับ อย่างไรก็ตาม การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบคำชี้ขาดอาจมีปัญหา แม้อนุญาโตตุลาการประสงค์ให้คำชี้ขาดผูกพันคู่พิพาทอย่างไม่ต้องสงสัย แต่คำชี้ขาดดังกล่าวไม่ใช่คำชี้ขาดที่จัดข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ซึ่งคณะกรรมการบริหาร ICC เมื่อหลายปีก่อนเคยแนะนำว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ควรอยู่ในรูปแบบของคำชี้ขาด ปัญหาที่ตามมา คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อยู่ในรูปแบบคำชี้ขาดตกอยู่ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์คหรือไม่ เพราะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหากอยู่ในรูปแบบคำสั่งสามารถแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงได้หากสถานการณ์เปลี่ยนแปลง แต่หากอยู่ในรูปแบบคำชี้ขาดยังคงเป็นที่น่าสงสัย ซึ่งอนุสัญญานิวยอร์คถูกออกแบบให้ใช้กับคำชี้ขาดซึ่งยุติข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนระหว่างคู่พิพาท หรือเพื่อประกันการบังคับคำชี้ขาด กล่าวคือ พยายาม

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid. p. 683.

รักษาสถานะเดิมจนกว่าจะมีคำชี้ขาดสุดท้าย”¹²⁷ ข้อสรุปนี้ยังคงเป็นจริงในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามมีบางกรณีที่ต้องให้มาตรการชั่วคราวเป็นที่ยอมรับและบังคับใช้โดยศาลระดับประเทศ ในเรื่องนี้และในทางปฏิบัติศาลสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้รับรองและบังคับใช้มาตรการชั่วคราวที่อยู่ในรูปแบบของคำชี้ขาดไม่ว่าจะเป็นคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) หรือคำชี้ขาดบางส่วน (partial award) ซึ่งคำชี้ขาดดังกล่าวออกโดยอนุญาโตตุลาการในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในและนอกสาธารณรัฐประชาชนจีน ตัวอย่าง ในปี พ.ศ. 2555 ศาลประชาชนระดับกลางของ Yixing City ของมณฑลเจียงซูยอมรับและบังคับใช้คำชี้ขาดบางส่วนที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของสถาบัน SIAC ซึ่งให้สิทธิผู้ร่วมทุนในการตรวจสอบบันทึกทางการเงินและหนังสือของบริษัทร่วมทุนที่ตั้งอยู่ในสาธารณรัฐประชาชนจีน¹²⁸

4.4.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

กฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีนบัญญัติให้ศาลแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.4.1.1

4.4.2 ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของอนุญาโตตุลาการทางเศรษฐกิจและทางการค้าระหว่างประเทศของสาธารณรัฐประชาชนจีน (China International Economic and Trade Arbitration Commission: CIETAC Arbitration Rules)¹²⁹

ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ได้รับการแก้ไขและรับรองโดยสภาสาธารณรัฐประชาชนจีน (China Council) เพื่อส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2557 และมีผลบังคับใช้ ณ วันที่ 1 มกราคม 2558

ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการ CIETAC ข้อ 23 กำหนดว่า คู่พิพาทจะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้ต้องทำตามที่กฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนกำหนด กล่าวคือ เมื่อคู่พิพาทยื่นคำร้องขอแล้ว CIETAC จะต้องนำคำร้องดังกล่าวไปยื่น

¹²⁷ W Laurence Craig, William W Park, and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd edition ed. (Oceana Publications Inc, 2000).p. 464–466. cited in Xing Xiusong and Wang Heng, "Interim Measures in Arbitration Proceedings in China," [Online] Accessed: 5 June 2022. Available from: <https://globalarbitrationreview.com/>

¹²⁸ Xiusong, X. and W. Heng, "Interim Measures in Arbitration Proceedings in China." [Online].

¹²⁹ "China International Economic and Trade Arbitration Commission Cietac Arbitration Rules," [Online] Accessed: 6 June 2022. Available from: <http://www.cietac.org/Uploads/201902/5c6148b100105.pdf>

ต่อศาลที่มีเขตอำนาจ คือศาลที่ผู้เรียกร้องมีภูมิลำเนา หรือศาลที่ทรัพย์สินที่ผู้เรียกร้องร้องขอตั้งอยู่ หรือศาลที่พยานหลักฐานตั้งอยู่ (กรณียื่นคำร้องขอสงวนรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐาน)

อย่างที่ได้อธิบายในข้อ 4.4.1 อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้ แต่กระนั้น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการฉบับนี้ข้อ 23.3 กลับมีการระบุให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กล่าวคือ หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องภายหลังที่มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการแล้ว และอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการจำเป็นหรือมีความเหมาะสมที่จะมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็อาจมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้องดังกล่าวก็ได้ และอาจมีคำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องจัดหาหลักประกันเพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับ หรือตามข้อตกลงของคู่พิพาท

การที่ข้อบังคับระบุว่าอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับหรือข้อตกลงของคู่พิพาท แสดงให้เห็นว่าข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการข้อ 23.3 หากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงเป็นอย่างอื่น ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการดังกล่าวใช้เฉพาะกรณีที่สถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอยู่นอกสาธารณรัฐประชาชนจีนเท่านั้น หากสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการอยู่ในสาธารณรัฐประชาชนจีน สถาบันอนุญาโตตุลาการต้องนำคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้ร้องไปยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด แต่หากคู่พิพาทตกลงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แม้สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการจะอยู่ในสาธารณรัฐประชาชนจีน หรือในประเทศที่จำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็สามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาท¹³⁰

สำหรับขอบเขตในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ไม่ปรากฏในข้อบังคับของ CIETAC ว่าอนุญาโตตุลาการสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทใดได้บ้าง เพราะฉะนั้น ประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องเป็นไปตามกฎหมายที่จะใช้บังคับในการอนุญาโตตุลาการและข้อตกลงของคู่พิพาท เช่น หากคู่พิพาทมีความประสงค์จะร้องขอคุ้มครอง

¹³⁰ Jianlong Yu and Lijun Cao, *A Guide to the Cietac Arbitration Rules* (Oxford: Oxford University Press, 2020). p. 252.

ชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีน คู่พิพาทอาจร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทเดียวกันกับที่ร้องขอต่อศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนได้เช่นเดียวกัน เป็นต้น¹³¹

ส่วนแนวทางในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ไม่ปรากฏในข้อบังคับของ CIETAC ว่าจะต้องใช้หลักเกณฑ์ใดในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในข้อบังคับระบุไว้เพียงว่า “...อนุญาโตตุลาการเห็นว่าเป็นการจำเป็นหรือมีความเหมาะสมที่จะมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว...” ซึ่งคำว่าจำเป็นหรือมีความเหมาะสม หมายถึง ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอโดยคำชี้ขาดข้อพิพาท (irreparable harm) และมีความเป็นไปได้ตามที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะในมูลคดี (possibility to win) อันเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติมปี ค.ศ 2006 และมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งอาจอยู่ในรูปแบบของคำสั่งระหว่างพิจารณาหรือคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา¹³²

ในกรณีฉุกเฉิน ข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการข้อ 23.2 กำหนดให้คู่พิพาทยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินต่อ CIETAC ได้ตามที่ได้ระบุในภาคผนวกที่ 3 (Appendix III) ของข้อบังคับว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของสถาบัน CIETAC โดยอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินจะเป็นผู้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และมาตรการดังกล่าวจะมีผลผูกพันคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

4.5 บทสรุป

กฎหมายอนุญาโตตุลาการในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน สำหรับเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ บางประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน พร้อมกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการ ตลอดจนให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ทำให้ทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ไม่พบปัญหาการใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่บางประเทศจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แล้วสงวนอำนาจดังกล่าวไว้กับศาล เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชา

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

ชานจีนจะไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ปัญหาที่ตามมา คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาตตุลาการมีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ไม่มีผลบังคับใช้ (binding-yet-unenforceable)

ทั้งนี้ ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาตตุลาการของไทยและต่างประเทศที่ทำการศึกษาในบทต่อไป เพื่อให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว



บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กับการอนุญาโตตุลาการไทย

5.1 บทนำ

เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มีกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ฉบับปี ค.ศ.1985 มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย แต่กระนั้นมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัตินี้ก็กลับไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบ Article 17 จึงมีประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณา ซึ่งในบทนี้ ผู้ศึกษาจะขอพิจารณาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่เกิดขึ้นในไทยโดยละเอียด โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศที่ทำการศึกษา เพื่อให้เข้าใจถึงประเด็นปัญหาและสามารถนำเสนอแนวทางเตรียมความพร้อมของประเทศไทยต่อไป

สำหรับการศึกษาในขั้นนี้ ผู้ศึกษาจะแบ่งหัวข้อบทวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหากฎหมายแต่ละประเด็นไปตามลำดับ

5.2 พิจารณาปัญหาความไม่ชัดเจนในบทบัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 บัญญัติว่า “คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม...”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 จะพบว่ามาตราดังกล่าวไม่ได้ระบุให้อำนาจอนุญาโตตุลาการให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวได้ ทั้งที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีกฎหมายแม่แบบเป็นแบบในการร่างกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหาในการตีความเรื่องอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งสามารถตีความได้เป็นสองแนวตามแต่ละแนวจะมีความเห็น กล่าวคือ แนวความเห็นแรก การที่ผู้ร่างกฎหมายเลือกที่จะไม่บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อาจสันนิษฐานได้ว่าผู้ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีความประสงค์ต้องการสงวนอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่ศาลเท่านั้น

และแนวความเห็นที่สอง แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามหรือจำกัดขอบเขตอำนาจไว้ อีกทั้ง อำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นอำนาจทั่วไปของอนุญาโตตุลาการ (inherent power) ในเมื่ออนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการจึงควรมีอำนาจในการออกคำสั่งให้ใช้มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวได้เองดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ในปัญหาเรื่องนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาและวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้

1) อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

เนื่องจากทุกประเทศต่างบัญญัติให้ศาลมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้ในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการประเทศของตน ในขณะที่อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว บางประเทศก็ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาอันดับแรกว่าอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการมาจากไหน ทำไมบางประเทศจึงบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ โดยทฤษฎีที่สนับสนุนอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีอยู่ด้วยกันสามทฤษฎี อันได้แก่ ทฤษฎีอำนาจอรัฐ ทฤษฎีสัญญา และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง¹³³

ทฤษฎีอำนาจอรัฐ (The Jurisdictional theory) เป็นทฤษฎีที่ว่าด้วยว่ารัฐมีอำนาจในการควบคุมและออกกฎหมาย ระเบียบ หลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการภายในเขตอำนาจหรือดินแดนของตน เพราะรัฐ ซึ่งในที่นี้คือศาลเป็นผู้มีอำนาจในการปรับใช้และตีความกฎหมายเพื่อพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท การระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการจะสามารถกระทำได้อีกต่อเมื่อกฎหมายในประเทศนั้น ๆ อนุญาตเท่านั้น¹³⁴ ตามทฤษฎีนี้ อนุญาโตตุลาการประเทศไทยอาจมีอำนาจหรืออาจไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับศาลซึ่งเป็นผู้ปรับใช้และตีความกฎหมายว่ามีความเห็นในการตีความต่อพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 อย่างไร กล่าวคือ หากศาลยึดตามแนวความเห็นแรกที่ยังมองว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่สงวนไว้กับศาล อนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่หากศาลยึดตามแนวความเห็นที่สองที่ยังมองว่ากฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ เมื่อกฎหมาย

¹³³ Mohamed, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales." p. 68-77.

¹³⁴ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ หน้า. 33-34.

ไม่ได้บัญญัติห้ามหรือจำกัดอำนาจไว้ คู่พิพาทก็สามารถตกลงร่วมกันที่จะให้อำนาจอนุญาโตตุลาการ ในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ อนุญาโตตุลาการก็จะมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

ทฤษฎีสัญญา (The Contractual theory) เป็นทฤษฎีที่เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการ เป็นเรื่องของสัญญา มุ่งเน้นในเรื่องเสรีภาพของการแสดงเจตนา คู่สัญญาหรือคู่กรณีพิพาทจึงมี เสรีภาพที่จะตกลงกันได้¹³⁵ เพราะฉะนั้น หากคู่สัญญา หรือคู่กรณีตกลงให้อำนาจออกคำสั่งคุ้มครอง ชั่วคราวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการของประเทศนั้น ๆ ย่อมมีอำนาจดังกล่าว

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยอำนาจของตนเอง (The theory of Competence-Competence) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน ซึ่งอำนาจนี้รวมถึงการวินิจฉัยถึงความเป็นอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ความ สมบูรณ์ของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทอันอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของ อนุญาโตตุลาการ¹³⁶ เพราะฉะนั้น อนุญาโตตุลาการจะออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้ทฤษฎีนี้ ได้หากอนุญาโตตุลาการพิสูจน์ได้ว่ามีข้อสันนิษฐานอันไม่อาจโต้แย้งได้ว่าคู่พิพาทมอบอำนาจในการ ออกมาตรการชั่วคราวแก่อนุญาโตตุลาการ

2.) ใครควรมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ

การจะพิจารณาว่าควรบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการหรือศาลในการออกคำสั่ง คุ้มครองชั่วคราว สิ่งที่จะต้องพิจารณา คือ การบัญญัติในลักษณะใดส่งเสริมให้กระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ในปัจจุบัน หลายประเทศให้ความสนใจเรื่องประสิทธิภาพในการดำเนินกระบวนการ พิจารณาอนุญาโตตุลาการ โดยมีการเสนอแนวคิดและมาตรฐานการเพิ่มประสิทธิภาพการ อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ 3 มิติ ได้แก่ มิติด้านการเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลาและ ค่าใช้จ่ายอย่างเหมาะสม มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง และมิติด้านความเป็นธรรมใน การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เมื่อพิจารณาเรื่องดังกล่าวกับอำนาจของ อนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแล้ว จะพบว่า

¹³⁵ Ibid. หน้า. 34.

¹³⁶ Mohmeded, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales." p. 77.

(1) มิติด้านการเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายอย่าง

เหมาะสม

เมื่ออนุญาตตุลาการได้รับการแต่งตั้ง และมีการมอบข้อพิพาทให้ออนุญาตตุลาการอนุญาตตุลาการจึงเป็นผู้รัยละเอียดข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเกี่ยวกับคดีอนุญาตตุลาการน่าจะอยู่ในสถานะที่เหมาะสมที่จะออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวมากกว่าศาลซึ่งรับรู้เรื่องราวเมื่อมีการร้องขอ และในบางครั้งการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวบางประเภทจำต้องพิจารณาถึงเนื้อหาแห่งคดี อนุญาตตุลาการซึ่งมีหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยคดีอยู่แล้วจึงมีสถานะที่ดีกว่าศาล เพราะโดยหลักแล้วการพิจารณามาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาล ศาลจะต้องไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาเนื้อหาแห่งคดี อีกทั้ง ผู้ที่จะมาเป็นอนุญาตตุลาการส่วนใหญ่มักมีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและมีประสบการณ์เฉพาะด้านดังกล่าวสูง ทำให้อยู่ในสถานะที่เหมาะสมกว่าศาลในการพิจารณาวัตถุประสงค์ในการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อประวิงคดีให้ช้า หรือกดดันหรือบีบบังคับคู่พิพาทอีกฝ่าย หรือทำให้คำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาตตุลาการสามารถบังคับได้¹³⁷ และเมื่อเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาคดีในศาลกับกระบวนการอนุญาตตุลาการ พบว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาลค่อนข้างซับซ้อน ยุ่งยากและเคร่งครัดกว่ากระบวนการอนุญาตตุลาการ เพราะกระบวนการอนุญาตตุลาการ คู่พิพาทสามารถตกลงร่วมกับอนุญาตตุลาการในการออกแบบกระบวนการพิจารณาได้ และหากคู่พิพาทสามารถระงับข้อพิพาทโดยไม่ใช้บริการของสถาบันอนุญาตตุลาการ คู่พิพาทไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมให้แก่สถาบันอนุญาตตุลาการ ทำให้ลดค่าใช้จ่ายในการอนุญาตตุลาการ ค่าใช้จ่ายจึงไม่สูงจนเกินไป และถ้าอนุญาตตุลาการไม่ได้เรียกเก็บค่าป่วยการที่สูงจนเกินไป การอนุญาตตุลาการก็จะเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย ด้วยเหตุนี้เอง หากมองในแง่มุมมองด้านระยะเวลาและค่าใช้จ่าย อนุญาตตุลาการจึงควรมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมากกว่าศาล¹³⁸

(2) มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง

กระบวนการพิจารณาไม่ว่าจะเป็นกระบวนการพิจารณาของอนุญาตตุลาการหรือศาลล้วนต้องเคารพต่อหลักเกณฑ์ในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ หรือสุจริต กระบวนการ (Due Process) กล่าวคือต้องรับฟังพยานหลักฐานของคู่พิพาทหรือคู่ความทั้งสองฝ่าย โดยให้โอกาสในการนำเสนอข้อเท็จจริงของตนอย่างเท่าเทียมกัน แต่ไม่จำเป็นต้องให้เวลาเท่ากัน และคู่พิพาทต้องมีสิทธิ

¹³⁷ THAC, "ข้อดีของการอนุญาตตุลาการ" [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 7 July 2022. แหล่งที่มา: <https://thac.or.th/th/article13/>

¹³⁸ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, หน้า. 11-12.

โต้แย้งพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งเสนอโดยคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดตามพยานหลักฐานนั้น ๆ¹³⁹ เพราะฉะนั้น การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทมีความประสงค์จะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็ต้องให้โอกาสคู่พิพาทอีกฝ่ายในการแก้ต่างคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อน ตัวอย่าง ประเทศอังกฤษ ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการปี ค.ศ.1996 ไม่ปรากฏว่ามีมาตราใดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว โดยทำการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) ประกอบกับข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน LCIA ข้อ 25.1 กำหนดว่า “คณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจตามที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวหลังจากที่อนุญาโตตุลาการให้โอกาสคู่กรณีทุกฝ่ายในการแก้ต่างต่อคำขอและเงื่อนไขที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรในพฤติการณ์นั้น...” แสดงให้เห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่สามารถพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวโดยอาศัยพยานหลักฐานจากคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องฝ่ายเดียวได้ หรือประเทศสิงคโปร์ กฎหมายสิงคโปร์ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือ กฎหมายและข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการของสถาบัน SIAC ไม่ได้บัญญัติอนุญาตหรือห้ามอนุญาโตตุลาการทำการพิจารณาฝ่ายเดียวในเรื่องการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่สำหรับอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไม่สามารถยื่นต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินฝ่ายเดียวได้ เพราะฉะนั้น เมื่ออนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินไม่สามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ จึงมีผู้สันนิษฐานว่าอนุญาโตตุลาการในกรณีธรรมดาंनाจะไม่สามารถทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้เช่นกัน¹⁴⁰

อย่างไรก็ดี การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นในกรณีฉุกเฉิน หากจะต้องรอพิจารณาพยานหลักฐานจากทั้งสองฝ่ายอาจไม่ทันการ และส่งผลเสียต่อคู่พิพาทฝ่ายร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ได้กำหนดเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการดังปรากฏใน Article 17B และ 17C ใน section 2 ซึ่งกำหนดว่าคำสั่งเบื้องต้น (preliminary order) อันเป็นคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทในระหว่างที่รออนุญาโตตุลาการพิจารณาคำขอเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้แม้ไม่ได้แจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านทราบ แต่การออกคำสั่งดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าภายหลังอนุญาโตตุลาการต้องรับฟังคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้งและสามารถแก้ไขยกเลิกคำสั่ง

¹³⁹ รุ่งระวี สุโขมา, "แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม." หน้า. 80.

¹⁴⁰ Choong, J., M. Mangan, and N. Lingard, *A Guide to the Siac Arbitration Rules*. p. 239.

ได้¹⁴¹ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้นำไปใช้กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวด้วย ในประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์มีผู้ให้ความเห็นว่าแม้กฎหมายทั้งสองประเทศไม่ได้บัญญัติเรื่องการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไม่ให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ และไม่ได้บัญญัติห้ามศาลไม่ให้ใช้อำนาจดังกล่าวในขณะที่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจ ทั้งอนุญาโตตุลาการและศาลจึงมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวฝ่ายเดียว (concurrent power)¹⁴² เพราะฉะนั้น หากคู่พิพาทให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการอาจพิจารณาฝ่ายเดียวได้ และถึงแม้คู่พิพาทให้อำนาจอนุญาโตตุลาการพิจารณาฝ่ายเดียว แต่คู่พิพาทสามารถเลือกที่จะไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลฝ่ายเดียวได้เช่นกัน¹⁴³

ส่วนการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล ศาลสามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งพิจารณาฝ่ายเดียวได้ โดยผู้ร้องขอจะต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุจำเป็นฉุกเฉินเร่งด่วนที่เป็นอันตรายอันไม่อาจแก้ไขได้

ด้วยเหตุนี้เอง หากมองในแง่มุมมองความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง ทั้งศาลและอนุญาโตตุลาการล้วนเหมาะสมในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

(3) มิติด้านความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ใช้ประกันว่าการดำเนินการกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเป็นไปด้วยดีและมีประสิทธิภาพ เพราะมาตรการดังกล่าวทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับได้ หากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับได้เพราะเหตุว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่มีทรัพย์สินแล้ว การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่ทำมาตั้งแต่ต้นก็จะไร้ความหมาย การให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการหรือศาล ทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพเป็นธรรมต่อทุกฝ่าย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุญาโตตุลาการเป็นเอกชน ไม่ใช่รัฐ จึงไม่สามารถบังคับให้คู่พิพาทอีกฝ่ายปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ เพราะฉะนั้น หากมองในแง่มุมมองความเป็นธรรมในการบังคับตามคำชี้ขาด ศาลจึงมีความเหมาะสมในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมากกว่าอนุญาโตตุลาการ เพราะมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาล หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลสามารถบังคับให้คู่พิพาทอีก

¹⁴¹ Thong-intr, W., "เรื่องใหม่ที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยไม่มี: มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการ "

¹⁴² Lee, J., "Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of Uk, Singapore and Taiwan," *CONTEMP. Asia ARB.* J. p. 231.

¹⁴³ Ibid.

ฝ่ายปฏิบัติตามได้ ในขณะที่มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำขอต้องไปร้องขอให้ศาลบังคับให้ และมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการอาจไม่สามารถบังคับได้หากในประเทศนั้น ๆ ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง

3.) ข้อจำกัดของอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

อำนาจของอนุญาโตตุลาการเกิดจากการที่คู่สัญญาซึ่งเป็นคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น และมีกฎหมายของรัฐให้สิทธิคู่สัญญาซึ่งเป็นคู่พิพาทเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการรวมถึงให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาและชี้ขาดข้อพิพาทและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ เพราะฉะนั้น อำนาจของอนุญาโตตุลาการจึงมีข้อจำกัด กล่าวคือ¹⁴⁴

ประการแรก ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตามได้

ประการที่สอง อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งที่บังคับได้แต่เฉพาะคู่สัญญาในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกคำสั่งที่มีผลไปบังคับบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่พิพาทหรือคู่สัญญาในการอนุญาโตตุลาการ

ประการที่สาม อนุญาโตตุลาการจะไม่มีอำนาจในการกระทำใด ๆ หากยังไม่ได้รับการแต่งตั้ง

ประการที่สี่ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการอาจไม่สามารถบังคับได้หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง

ด้วยเหตุนี้เอง ศาลจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

จะเห็นได้ว่าไม่มีประเทศใดที่บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการแต่เพียงผู้เดียวในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ส่วนใหญ่จะบัญญัติให้อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแก่

¹⁴⁴ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ" [ออนไลน์].

อนุญาโตตุลาการและศาล เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น หรือไม่ก็บัญญัติให้อำนาจศาลแต่เพียงผู้เดียวในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นต้น

ประเด็นปัญหาที่น่าสนใจ หากคู่สัญญาซึ่งเป็นคู่พิพาทมีความจำเป็นเร่งด่วนถึงขั้นฉุกเฉินที่จะต้องร้องขอคุ้มครองชั่วคราว แต่ ณ เวลาดังกล่าวยังไม่มี การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจึงยังไม่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ปัญหาที่จะเกิดขึ้นในประเทศไทย คือ คู่พิพาทจะสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้หรือไม่ เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาล ส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้...” แสดงให้เห็นว่าคู่พิพาทจะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้ต้องมีการยื่นฟ้องก่อน และคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ศาลสามารถมีคำสั่งได้เร็วที่สุด คือคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินตามมาตรา 254 ประกอบมาตรา 266 ซึ่งเป็นกรณีก่อนศาลมีคำพิพากษา

ในประเด็นนี้ หากคดีที่พิพาทเป็นคดีที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา คู่สัญญาซึ่งเป็นคู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศได้ โดยไม่จำเป็นต้องยื่นข้อเรียกร้องอันจะถือว่าเป็นคำฟ้อง เพราะข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติเรื่องการขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องไว้ อันเป็นการขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องแบบการออกคำสั่งห้าม (Injunction) โดยกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องของคู่สัญญาซึ่งจะเป็นคู่พิพาทในภายหลัง และหลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว

ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษก็ได้มีการบัญญัติเรื่องการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องไว้เช่นเดียวกันดังปรากฏในคดี American Cyanamid v Ethicon ซึ่งสามารถอ่านรายละเอียดเพิ่มเติมได้ในข้อ 4.2.1.1 โดยคดีดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวของผู้ที่จะยื่นฟ้องคดีและหลักเกณฑ์ที่ศาลจะใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดี American Cyanamid v Ethicon และหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 พบว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกัน กล่าวคือ ผู้ที่ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวไม่จำเป็นต้อง

ฟ้องคดีต่อศาลก่อน เพียงผู้ที่ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีโอกาสความเป็นไปได้ที่การกระทำของอีกฝ่ายเป็นการละเมิดและมีเหตุเพียงที่จะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ส่วนศาลจะต้องพิจารณาว่าคำขอที่ยื่นและในโอกาสที่ยื่นคำขอนั้นมีเหตุสมควรและมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอนั้นได้ และสภาพแห่งความเสียหายของผู้ขอไม่สามารถที่จะได้รับชดใช้เป็นตัวเงินหรือทดแทนด้วยสิ่งอื่นใดได้หรือผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยไม่อยู่ในฐานะที่จะชดใช้หรือทดแทนความเสียหายแก่ผู้ขอหรือกรณีเป็นการยากที่จะบังคับคดีเอาแก่ผู้ที่จะถูกฟ้องเป็นจำเลยนั้นได้ภายหลัง

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่าการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องไม่ควรกระทำได้เฉพาะคดีที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น คดีแพ่งทั่วไป ประชาชนควรสามารถร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องได้ด้วย เพราะการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวโดยส่วนใหญ่มักจะร้องขอในกรณีฉุกเฉินหากรอให้มีการฟ้องคดีหรือยื่นข้อเรียกร้องก่อนอาจไม่ทันการ และเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก่อนฟ้องให้เกิดความชัดเจนเช่นเดียวกับข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 อันจะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทที่ประสงค์จะดำเนินการฟ้องคดีหรือที่ประสงค์จะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ หรือเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้คู่สัญญาหรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการเพื่อแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน เพื่อทำหน้าที่กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะได้รับการแต่งตั้ง

ปัญหาว่า อนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนที่คู่สัญญาจะยื่นข้อเรียกร้องได้หรือไม่ ในเมื่อข้อพิพาทยังไม่เกิดขึ้น แต่มีโอกาสเป็นไปได้ที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะกระทำผิดสัญญา ซึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายจะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ ในความเห็นของผู้ศึกษา เห็นว่า อนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนข้อพิพาทระหว่างคู่จะเกิดขึ้นได้ แต่คู่สัญญาจะต้องอธิบายข้อเท็จจริงพร้อมหลักฐานตามสมควรแสดงให้อนุญาโตตุลาการเห็นว่ามีโอกาสความเป็นไปได้ที่การกระทำของอีกฝ่ายจะมีการฝ่าฝืนข้อตกลงหรือกระทำผิดสัญญา และมีเหตุเพียงพอที่จะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราว ทั้งสภาพแห่งความเสียหายของผู้ร้องขอไม่สามารถที่จะได้รับชดใช้เป็นตัวเงินหรือทดแทนด้วยสิ่งอื่นใดได้ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดี American Cyanamid v Ethicon และข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540

4.) ประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

เมื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษอันเป็นประเทศที่ไม่ได้รับเอากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย¹⁴⁵ พบว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ. 1996 มาตรา 38 มาตรา 39 และมาตรา 48 กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ ได้แก่ คำสั่งให้จัดหาหลักประกันและคำสั่งให้ชำระเงินชั่วคราว (interim payment) คำสั่งให้จัดการทรัพย์สินใด ๆ อันเป็นประเด็นในกระบวนการพิจารณาและทรัพย์สินดังกล่าวเป็นของหรืออยู่ในความครอบครองของคู่พิพาทในกระบวนการพิจารณา คำสั่งให้คู่พิพาทสงวนรักษาพยานหลักฐานซึ่งอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของคู่พิพาทเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คำสั่งให้คู่พิพาทกระทำหรืองดเว้นการกระทำบางอย่าง คำสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญา คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อการชำระหนี้หรือจำหน่ายทรัพย์สินระหว่างคู่พิพาท คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวซึ่งจะให้อนุญาโตตุลาการสามารถบังคับได้ตามคำชี้ขาดในท้ายที่สุดได้ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ

อย่างไรก็ดี สำหรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอันเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับพยานหลักฐาน คือ คำสั่งขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน (Anton Piller Relief)¹⁴⁶ และคำสั่งห้ามไม่ให้คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล (Mareva Injunction) ยังคงเป็นประเด็นถกเถียงว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกมาตรการดังกล่าวได้ คู่พิพาทจะต้องยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวประเภทดังกล่าวต่อศาลเท่านั้น¹⁴⁷ ส่วนอีกความเห็นหนึ่ง หากคู่พิพาทให้อำนาจดังกล่าวแก่

¹⁴⁵ Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, A Report on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1989), Chaired by The Rt Hon Lord Justice Mustill cited in Lee, J., "Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of Uk, Singapore and Taiwan," *CONTEMP. Asia ARB. J.* p. 237.

¹⁴⁶ คำสั่งขอให้สืบพยานหลักฐานไว้ก่อน คือ คำสั่งที่ให้คู่พิพาทค้นสถานที่เพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานในการพิจารณาคดีเพื่อ, see County Court Remedies Regulations 1991/1222 Explanatory Note, หรือ คำสั่งให้คู่พิพาทอนุญาตให้บุคคลอื่นเข้ามาในสถานที่ของตนเพื่อตรวจสอบ, see Steven Gee, *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief* 4ed. (Sweet & Maxwell, 1998). p. 2. cited in Wael, S., "Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law." p. 100.

¹⁴⁷ See DAC Report 1996 para 201 "These Draconian powers (Mareva injunction) are best left to be applied by the Courts, and the provisions of the Bill with respect to such powers have been adjusted accordingly." cited in Wael,

อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็สามารถออกมาตรการดังกล่าวได้¹⁴⁸ ซึ่งในทางปฏิบัติ หากคู่พิพาทจะขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตราการประเภทนี้ คู่พิพาทส่วนใหญ่จะไปร้องขอต่อศาล เพราะคำสั่งประเภทดังกล่าวมักจะเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก¹⁴⁹ ตัวอย่างเช่น คำสั่งให้ธนาคารอายัดเงินฝากในบัญชีคู่พิพาท และเป็นคำสั่งที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวประสงค์ให้ทำการพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte) เพื่อสร้างความประหลาดใจ (surprise) ให้กับคู่พิพาทอีกฝ่าย ทำให้คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่มีเวลาเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล หรือทำลายหรือซ่อนพยานหลักฐาน¹⁵⁰ ส่วนมาตราการชั่วคราวประเภทห้ามมิให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการพิจารณาคดีในเขตอำนาจอื่นหากการดำเนินการดังกล่าวได้เริ่มต้นขึ้นในประเทศอังกฤษแล้ว หรือห้ามมิให้คู่พิพาทดำเนินคดีต่อศาลในประเทศอังกฤษเนื่องจากขัดกับข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ (anti-suit injunction) คู่พิพาทส่วนใหญ่จะร้องขอต่อศาล เนื่องจากอำนาจดังกล่าวไม่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการอังกฤษ และอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ถูกมอบให้ศาลเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ¹⁵¹ โดยหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภท anti-suit injunction ศาลอังกฤษจะต้องพิจารณาว่าผู้ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภท Anti-suit Injunction จะใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในประเทศที่เป็นสมาชิกในสหภาพยุโรปหรือไม่ หากใช้ในประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกในสหภาพยุโรป ประเด็นที่ศาลอังกฤษจะใช้ในการพิจารณา คือ ความสมบูรณ์ของข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการและเหตุขัดข้องในการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ หากข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการมีความสมบูรณ์และไม่ปรากฏเหตุขัดข้องในการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการ ศาลอังกฤษก็จะออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภท Anti-suit Injunction ให้¹⁵² แต่หากใช้ในประเทศที่เป็นสมาชิกในสหภาพยุโรป ศาล

S., "Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law."

¹⁴⁸ See Arbitration Act 1996 section 48, which states that parties are free to agree on the powers exercisable by the tribunal as regards remedies. Section 48 (3) states that a tribunal can make a declaration as to any matter to be determined in the proceedings and section 48 (5) (a) states that the arbitral tribunal has the same powers as the courts to order or refrain from doing anything.

¹⁴⁹ Shaneen Parikh and Cyril Amarchand Mangaldas, "Obtaining Interim and Permanent Relief in International Ip Arbitration," [Online] Accessed: 6 November 2022. Available from: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ip-arbitration/first-edition/article/obtaining-interim-and-permanent-relief-in-international-ip-arbitration>

¹⁵⁰ Mohmeded, S., "A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales." p. 152.

¹⁵¹ Ibid. p. 150.

¹⁵² อาทิตย์ ปิ่นปัก, "Anti-Suit Injunction ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ," *AULJ* 1, 1 (2553). หน้า. 171.

อังกฤษก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของระบอบบรัสเซล (Brussel Regime) อันเป็นความตกลงในเรื่องการจัดสรรเขตอำนาจของข้อพิพาททางแพ่งหรือพาณิชย์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศเกี่ยวกับบุคคลที่ภูมิลำเนาอยู่ในสหภาพยุโรป¹⁵³ ดังปรากฏในคดี West Tankers v RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA อันเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงว่า¹⁵⁴ เรือของเจ้าของเรือ (West Tankers) ชนเข้ากับท่าจอดเรือของผู้เช่าเรือ (Charterer) ซึ่งในสัญญาเช่าเหมาเรือระหว่างคู่พิพาทมีการตกลงให้ระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการที่ลอนดอน โดยใช้กฎหมายอังกฤษ ผู้เช่าเรือเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้รับประกันภัย (Allianz) และเจ้าของเรือ โดยการอนุญาโตตุลาการตามสัญญาเช่าเหมาเรือ ในขณะที่ดำเนินการอนุญาโตตุลาการ ผู้รับประกันภัยซึ่งจ่ายค่าเสียหายให้ผู้เช่าเรือแล้วจึงสวมสิทธิของผู้เช่าเรือฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของเรือต่อศาลอิตาลี เจ้าของเรือจึงยื่นคำร้องต่อศาลอังกฤษขอให้ออกมาตรการคุ้มครองประเภท Anti-suit Injunction เพื่อห้ามผู้รับประกันภัยดำเนินคดีในศาลอิตาลี แต่ให้มาดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่กรุงลอนดอนแทน เมื่อ House of Lords ของอังกฤษ รับคดีนี้จึงได้มีการร้องขอให้ศาลยุติธรรมสหภาพยุโรป (ECJ) วินิจฉัย ซึ่ง ECJ วินิจฉัยว่าศาลอิตาลีควรเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยว่าคดีดังกล่าวควรดำเนินการอนุญาโตตุลาการก่อนหรือไม่ ECJ ไม่สามารถออกหมายห้ามดำเนินคดีในศาลภายในของประเทศสมาชิกอื่น ซึ่งคำตัดสินดังกล่าวสอดคล้องกับอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 (New York Convention 1958) Article II(3)29 ที่ให้ศาลที่เริ่มดำเนินกระบวนการพิจารณาสามารถวินิจฉัยความสมบูรณ์ของข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการได้เองแทนที่จะเป็นศาลแห่งสถานที่การทำอนุญาโตตุลาการได้เกิดขึ้น

เมื่อศึกษากฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์อันเป็นประเทศที่ได้รับกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมาย พบว่ารัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มาตรา 12(1) ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการค่อนข้างมาก อนุญาโตตุลาการประเทศสิงคโปร์สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้หลายกรณี อันได้แก่ คำสั่งให้จัดหาหลักประกันค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ คำสั่งให้แสดงเอกสารและข้อเท็จจริงใด ๆ คำสั่งให้ทำคำให้การเป็นลายลักษณ์อักษร คำสั่งให้สงวนรักษา พิกัดทรัพย์ชั่วคราว หรือจำหน่ายทรัพย์สินใด ๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของประเด็นข้อพิพาท คำสั่งให้สงวนรักษา คุ้มครองชั่วคราวซึ่งพยานหลักฐานอันเป็นประเด็นในการพิจารณา คำสั่งให้วางหลักประกันในทุนทรัพย์ที่พิพาท คำสั่งให้คู่พิพาทกระทำการหรืองดเว้นการ

¹⁵³ Ibid. หน้า. 172.

¹⁵⁴ "West Tankers V Ras Riunione Adriatica Di Sicurta Spa," ใน EWHC 454 (Comm)(2005). cited in อาทิตย์ ปิ่นปัก, "Anti-Suit Injunction ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ," AULJ. หน้า. 174.

กระทำการเพื่อมิให้คำชี้ขาดตามกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการสิ้นผลบังคับด้วยเหตุคู่พิพาท จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินออกไป และคำสั่งห้ามกระทำการใด ๆ เป็นการชั่วคราว หรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอื่นใด เมื่อเปรียบเทียบกับอำนาจของศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พบว่าศาลมีอำนาจน้อยกว่าอนุญาตตุลาการเสียอีก เพราะศาลไม่มีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทจัดหาหลักประกัน และแสดงเอกสารใด ๆ¹⁵⁵ ซึ่งการจำกัดอำนาจนี้เป็นนโยบาย (long-standing policy) ของประเทศสิงคโปร์ที่ไม่ต้องการให้ศาลเข้ามาแทรกแซงกระบวนการอนุญาตตุลาการ เพราะคำสั่งทั้งสองประเภทนี้เป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการพิจารณาข้อพิพาทอันเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของอนุญาตตุลาการโดยตรง อนุญาตตุลาการจึงควรเป็นผู้มีอำนาจในคำสั่งดังกล่าว¹⁵⁶

จะเห็นว่า ประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้ ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ล้วนเป็นคำสั่งที่ใช้บังคับระหว่างคู่พิพาทด้วยกันทั้งสิ้น ไม่มีคำสั่งใดที่กระทบถึงบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก และคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ เพราะฉะนั้น หากประเทศไทยจะบัญญัติให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว จะต้องกำหนดประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งอย่างน้อยอนุญาตตุลาการจะต้องสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวทั้ง 4 ประเภท ที่กำหนดในกฎหมายแม่แบบได้เป็นขั้นต่ำ

มีคดีตัวอย่างเรื่องหนึ่ง¹⁵⁷ เป็นเรื่องเกี่ยวกับกรมควบคุมมลพิษว่าจ้างกิจการร่วมค้าให้ทำระบบบำบัดน้ำเสีย โดยกิจการร่วมค้านำหนังสือรับรองของธนาคารมาค้ำประกัน ทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าหากเกิดข้อพิพาทให้เสนอต่ออนุญาตตุลาการ ปรากฏว่าหลังจากที่กิจการร่วมค้าทำงานไปได้ร้อยละ 98 ของงานตามสัญญาและมีการจ่ายค่าจ้างแล้ว กรมควบคุมมลพิษกลับอ้างว่าเข้าทำสัญญาโดยสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นสาระสำคัญ ทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ และไม่ตรวจรับงาน ซึ่งงานที่เหลือร้อยละ 2 กิจการร่วมค้าทำเสร็จแล้ว กิจการร่วมค้าจึงบอกเลิกสัญญาและเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาตตุลาการ ในระหว่างการพิจารณา กิจการร่วมค้าได้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล

¹⁵⁵ See International Arbitration Act section 12A(2), which states that Subject to subsections (3) to (6), for the purpose of and in relation to an arbitration referred to in subsection (1), the General Division of the High Court has the same power of making an order in respect of any of the matters set out in section 12(1)(c) to (j) as it has for the purpose of and in relation to an action or a matter in the court.

¹⁵⁶ Ronald Wong, "Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration," *SACLJ* 24(2012). p. 528.

¹⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3260-3261/2554[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2564. แหล่งที่มา:

https://www.smartdeka.com/each_deka/

ขั้นต้นไม่ให้อำนาจเงินค้ำประกันแก่กรรมลพิษ ศาลชั้นต้นสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่กรรมควบคุมลพิษไม่พอใจ อุทธรณ์คำสั่งต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาพิพากษาให้คุ้มครองชั่วคราวโดยบอกว่าอนุญาโตตุลาการยังไม่ชี้ขาดเลยว่ากิจการร่วมค้าทำผิดสัญญาหรือไม่

จากคดีนี้เป็นที่เข้าใจได้ว่าทำไมต้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล เพราะเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ต้องบังคับบุคคลภายนอก คือ ธนาคาร ไม่ให้อำนาจเงินที่เอาไปค้ำประกันแก่กรรมควบคุมลพิษ แต่หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไป ไม่มีธนาคารซึ่งเป็นบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง กิจการร่วมค้านำเงินจำนวน x บาท มามอบให้กรรมควบคุมลพิษ เกิดข้อพิพาทกัน กิจการร่วมค้าขอคุ้มครองชั่วคราวไม่ให้กรรมควบคุมลพิษริบเงินอันเงินอันเป็นหลักประกันนี้ กรณีนี้หากกิจการร่วมค้าขอยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการได้จะดีกว่าหรือไม่ เพราะจะได้ไม่ต้องสร้างภาระให้กิจการร่วมค้านำพยานหลักฐานต่าง ๆ ไปให้ศาลไต่สวน ทั้งที่อนุญาโตตุลาการเป็นบุคคลผู้มีข้อมูลในเรื่องดังกล่าว อีกทั้ง เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องระหว่างคู่พิพาท อนุญาโตตุลาการก็สามารถออกคำสั่งที่มีผลบังคับคู่พิพาทได้ และหากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม ศาลก็สามารถบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้ อันจะช่วยประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย

5.) หลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ

สำหรับหลักเกณฑ์การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายแม่แบบกำหนดว่าอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาว่า ประการแรก ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ (Harm not adequately reparable) โดยคำชี้ขาดของข้อพิพาท ซึ่งความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอ หมายถึง ความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาด้วยตัวเงินได้¹⁵⁸ และความเสียหายที่ยากต่อการเยียวยา กล่าวคือ ความเสียหายสามารถเยียวยาด้วยตัวเงินได้ แต่หากรออนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท การเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจะกระทำได้ยาก¹⁵⁹ ประการที่สอง ความเสียหายร้ายแรงกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการชั่วคราว หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้รับความเสียหายเท่ากัน หรือความเสียหายสามารถเยียวยาโดยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ คู่พิพาทฝ่ายยื่นคำขอจะไม่ได้

¹⁵⁸ "Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A., & Allan Fosk Kaplún V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2."

¹⁵⁹ Stephen Benz, "STRENGTHENING INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION," *Georgetown Journal of International Law*. p.157-158.

รับการคุ้มครองชั่วคราว¹⁶⁰ ประการที่สาม มีความเป็นไปได้ตามควร (reasonable possibility) ที่ คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะตามข้อเรียกร้อง ทั้งนี้ ความเป็นไปได้ดังกล่าวจะต้องไม่ส่งผลต่อดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการต้องมีอำนาจในการออกมาตรการชั่วคราว¹⁶¹ ประการที่สี่ มีความจำเป็นเร่งด่วน (urgent) อนุญาโตตุลาการจะไม่ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จนกว่าจะถึงเวลาที่จำเป็นเพื่อป้องกันความเสียหายอย่างร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นได้ หากความเสียหายดังกล่าวยังคงเกิดขึ้นแม้อนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอนุญาโตตุลาการก็ไม่ควรก้าว ภัยความสัมพันธ์ของคู่พิพาท¹⁶²

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษ ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดบัญญัติ เรื่องหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ ดังกล่าวสามารถพบได้ในคำตัดสินคดีต่าง ๆ เช่น คดี Clarke L.J. in Cetelem SA v Roust Holdings Limited ได้วางหลักว่า ความจำเป็นเร่งด่วนเป็นปัจจัยหนึ่งในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และหลักเกณฑ์อื่น ๆ เช่น ความเสียหายที่ไม่อาจเยียวยาได้ คู่พิพาทยินยอมให้อำนาจ อนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กฎหมายประเทศสิงคโปร์ก็มีลักษณะ เช่นเดียวกับกฎหมายประเทศอังกฤษ ไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงเรื่องหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการ คุ้มครองชั่วคราว จึงมีการนำหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ฉบับปรับปรุง เพิ่มเติมปี ค.ศ 2006 มาเป็นแนวทางในการพิจารณา¹⁶³ เพราะฉะนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ใน การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวสามารถนำหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบมาปรับใช้ในกฎหมาย อนุญาโตตุลาการของประเทศไทยได้

¹⁶⁰ SANCHEZ, J. F., "Applying the Model Law's Standard for Interim Measures in International Arbitration," *Journal of International Arbitration*. p. 69-71.

¹⁶¹ Ibid. p. 73-75.

¹⁶² Ibid. p. 62-63.

¹⁶³ Choong, J., M. Mangan, and N. Lingard, *A Guide to the Siac Arbitration Rules*. p. 238.

6.) ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับศาลในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

เมื่อมีแนวคิดที่ศาลและอนุญาโตตุลาการต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการได้ จึงต้องพิจารณาว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยศาลและที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการควรมีความสัมพันธ์กันในลักษณะใด กล่าวคือ

ประการแรก ทั้งศาลและอนุญาโตตุลาการต่างมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทสามารถเลือกได้ว่าจะร้องขอคุ้มครองชั่วคราวกับใคร (Free choice model)

ประการที่สอง ศาลมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเฉพาะกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ กล่าวคือ อนุญาโตตุลาการมีบทบาทหลักในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ส่วนศาลมีบทบาทรอง ทำหน้าที่เพียงเข้ามาช่วยเหลือและสนับสนุนให้การดำเนินการอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ (Court-subsidiary model)

กรณีแรกเป็นกรณีที่ให้อำนาจทั้งศาลและอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งกรณีนี้ปรากฏในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL การบัญญัติในลักษณะนี้มีข้อดีคือ คู่พิพาทมีอิสระในการเลือกว่าจะยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการ โดยพิจารณาตามความเหมาะสมและพฤติการณ์แห่งคดี¹⁶⁴ ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีความเหมาะสม

กรณีที่สองเป็นกรณีที่ให้การใช้อำนาจฝ่ายหนึ่งตัดอำนาจอีกฝ่ายหนึ่ง กรณีนี้ปรากฏในกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ ซึ่งบัญญัติในลักษณะทำนองเดียวกันว่า ศาลจะมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว หากอนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการเช่นนั้นได้ หรือไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹⁶⁵ ซึ่งการบัญญัติใน

¹⁶⁴ กนกพรรณ ชลชวลิต, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ" [ออนไลน์].

¹⁶⁵ See English Arbitration Act 1996 Section 44(5), which states that in any case the court shall act only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively. and see Singapore International Arbitration Act section 12A(6), which states that in every case, the General Division of the High Court is to make an order under subsection (2) only if or to the extent that the arbitral tribunal, and any arbitral or other institution

ลักษณะนี้มีข้อดี คือ กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระ ศาลจะเข้ามาแทรกแซงหรือก้าวล่วงกระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่าที่จำเป็น¹⁶⁶ ทำให้อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียวด้วยกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอง

ในประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับศาลในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนหากอนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ ศาลจึงเข้ามามีบทบาทและมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Court-subsidiary model) เพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระ อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียวอันเป็นการสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายแก่คู่กรณีอันเป็นการส่งเสริมประสิทธิภาพในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ อนึ่ง การให้อำนาจศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเฉพาะกรณีที่อนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ จะต้องไม่เป็นกรณีเมื่อคู่พิพาทร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่อนุญาตให้มีการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทจึงไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลอีกครั้ง เพราะกรณีดังกล่าวอาจถูกมองว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ตัวอย่าง คดี Gerald Metals SA v Timis [2016] EWHC 2327 (Ch) อันเป็นคดีที่ผู้เขียนเคยกล่าวรายละเอียดไว้ในข้อ 4.2.1.4 ในคดีนี้ LCIA ปฏิเสธคำขอแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินของนาย Gerald Metals นาย Gerald จึงไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวฉุกเฉินต่อศาล หากเปลี่ยนข้อเท็จจริงในคดีเป็น LCIA อนุญาตให้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉิน แต่เมื่อมีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฉุกเฉินแล้ว อนุญาโตตุลาการฉุกเฉินปฏิเสธคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวที่นาย Gerald ได้ยื่นคำร้องไว้เพื่อไม่ให้ Safeguard ซึ่งเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของเหมืองจำหน่ายทรัพย์สินในเหมือง นาย Gerald จึงไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล การที่นาย Gerald ไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลทั้งที่อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นผู้มีบทบาทหลักมีคำสั่งในเรื่องดังกล่าวไปแล้วเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของนาย Gerald

ปัญหาความไม่ชัดเจนของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 แม้จะไม่ใช่ปัญหาที่ร้ายแรงมาก แต่ก็ยังเป็นปัญหาที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำว่า “ประสิทธิภาพในการอนุญาโตตุลาการ” หมายถึง กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะต้องมีความ

or person vested by the parties with power in that regard, has no power or is unable for the time being to act effectively.

¹⁶⁶ กนกพรรณ ชลชวลิต, "มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ" [ออนไลน์].

ถูกต้อง สะดวก รวดเร็ว และเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ความไม่ชัดเจนของมาตรา 16 ในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงถือเป็นหนึ่งสาเหตุที่ทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการไม่มีประสิทธิภาพ เพราะคู่พิพาท สถาบันการอนุญาตตุลาการต่าง ๆ รวมถึงศาลอาจมีความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันไป ตัวอย่าง ในข้อบังคับการอนุญาตตุลาการของสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ข้อ 39 กำหนดเรื่องมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาว่า “หากคู่พิพาทร้องขอ คณะอนุญาตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาตามที่เห็นสมควร คณะอนุญาตตุลาการอาจมีคำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอหาประกันมาวางเพื่อความปลอดภัยที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการดังกล่าวก็ได้...” อันเป็นการให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน การเขียนในลักษณะดังกล่าวอาจมีปัญหาในกรณีที่ศาลตีความมาตรา 16 ว่าศาลเท่านั้นที่มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ทำให้ศาลไม่ยอมรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาตตุลาการ เป็นต้น เพราะฉะนั้น หากนำเรื่องอำนาจของอนุญาตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 คู่พิพาท สถาบันอนุญาตตุลาการ และศาลจะได้มีความรู้และความเข้าใจไปแนวทางเดียวกันในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาตตุลาการ ทำให้ไม่ต้องเสียเวลามาถกเถียงกัน ซึ่งการเสียเวลาถือเป็นต้นทุนอย่างหนึ่ง ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนของมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ตามข้อ 5.2 นำไปสู่ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาตตุลาการข้อ 5.3

5.3 พิจารณาปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาตตุลาการ

ทฤษฎีผสม (The Mixed Theory or Hybrid Theory) เป็นทฤษฎีที่มีแนวคิดว่าการอนุญาตตุลาการมีทั้งเรื่องสัญญาและเรื่องอำนาจรัฐหรือวิธีพิจารณา เพราะการดำเนินการทางการอนุญาตตุลาการจะเกิดขึ้นได้ด้วยความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย คู่พิพาทมีอำนาจที่จะกำหนดรายละเอียดในกระบวนการพิจารณาอนุญาตตุลาการอันเป็นเรื่องของสัญญา ในขณะที่ผลของสัญญาอนุญาตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการขึ้นอยู่กับศาลและกฎหมายของรัฐที่จะบังคับตามสัญญาหรือตามคำชี้ขาดจึงเป็นเรื่องของอำนาจของรัฐ¹⁶⁷ เพราะฉะนั้น เมื่ออนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้ว คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้ไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการ คู่พิพาทฝ่ายที่ชนะจะต้องนำคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการไปร้องขอให้ศาลบังคับให้

¹⁶⁷ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ หน้า. 35-36.

อนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับให้ได้ การร้องขอคุ้มครองชั่วคราวก็เช่นเดียวกัน หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตามได้ คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวจะต้องนำคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไปยื่นต่อศาลให้บังคับให้ ประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณา คือ ศาลจำเป็นต้องบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่

สำหรับประเด็นเรื่องศาลจำเป็นต้องบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดที่บังคับให้ศาลจำเป็นต้องบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ เพราะฉะนั้น ในประเทศไทยการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยจะบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่งหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าศาลไทยมีมุมมองต่อเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการอย่างไร กล่าวคือ

มุมมองแรก หากศาลมองว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่สงวนไว้กับศาล ศาลก็อาจไม่บังคับตามที่อนุญาโตตุลาการมีคำสั่ง

มุมมองที่สอง หากศาลมองว่าอำนาจดังกล่าว กฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามหรือจำกัดอำนาจไว้ คู่พิพาทก็สามารถตกลงร่วมกันที่จะให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ และเมื่อคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวแล้วคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องนำคำสั่งคุ้มครองไปยื่นต่อศาล ศาลอาจบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการสั่ง

เมื่อเปรียบเทียบปัญหาการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ พบว่าประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีลักษณะปัญหาใกล้เคียงกับประเทศไทย แม้กฎหมายอนุญาโตตุลาการสาธารณรัฐประชาชนจีนจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แล้วสงวนอำนาจดังกล่าวไว้กับศาล¹⁶⁸ แต่กฎหมายก็ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าวได้ ปัญหาที่ตามมา คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่พิพาทแต่ไม่มีผลบังคับใช้ (binding-yet-unenforceable) เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ด้วยเหตุนี้เอง คู่พิพาทจึงไม่นิยม

¹⁶⁸ See Arbitration Law of the People's Republic of China section 28, 46 and 68

ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในสาธารณรัฐประชาชนจีน¹⁶⁹ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4

ในขณะที่ประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ไม่ปรากฏว่ามีปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการเนื่องจากทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์มีการบัญญัติกฎหมายรองรับสภาพบังคับของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน โดย

ประเทศสิงคโปร์บัญญัติให้คำสั่งหรือมาตรการที่สั่งโดยอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการจะต้องมีผลบังคับเสมือนคำสั่งหรือมาตรการนั้นถูกสั่งโดยศาล¹⁷⁰ เพราะฉะนั้น หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลก็จะเข้ามาบังคับให้ตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกคำสั่งโดยอนุญาโตตุลาการนั้น

สำหรับประเทศอังกฤษนั้น พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ค.ศ.1996 มาตรา 41 บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจบางประการในกรณีที่คู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยไม่มีเหตุสมควร อำนาจบางประการที่กล่าวถึง คือ อำนาจในการออก “คำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว” อันเป็นอำนาจที่ให้อนุญาโตตุลาการกำหนดระยะเวลาที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควรให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ หากคู่พิพาทยังไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งของอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว กฎหมายก็ให้อำนาจแก่อนุญาโตตุลาการที่จะปฏิบัติได้สองประการ คือ

1.) อนุญาโตตุลาการมีอำนาจตามมาตรา 41(6) (7) กล่าวคือ หากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นมาตรการชั่วคราวประเภทกำหนดหลักประกันเพื่อชำระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ

¹⁶⁹ GAO, R., "Bridging an Access-to-Justice Gap for International Commercial Dispute Resolution: Recent Developments of Interim Measures in Cross Border Chinese Arbitration," *Colombia Journal of Transnational Law* p. 636-638.

¹⁷⁰ See Singapore International Arbitration Act section 12(6), which states that All orders or directions made or given by an arbitral tribunal in the course of an arbitration are, by permission of the General Division of the High Court, enforceable in the same manner as if they were orders made by a court and, where permission is so given, judgment may be entered in terms of the order or direction. And see Singapore Arbitration Act 2001 Section 28(4), which states that all orders or directions made or given by an arbitral tribunal in the course of an arbitration are, by permission of the Court, enforceable in the same manner as if they were orders made by the Court and, where permission is so given, judgment may be entered in terms of the order or direction.

อนุญาโตตุลาการอาจชี้ขาดยกข้อเรียกร้องของผู้ร้อง แต่หากเป็นกรณีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทอื่น อนุญาโตตุลาการอาจสั่งให้คู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งเป็นประเด็นแห่งคำสั่งนั้น หรือทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์ที่เห็นสมควร หรือดำเนินการทำคำสั่งชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว หรือให้จ่ายค่าเสียหายในการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

2.) อนุญาโตตุลาการอาจร้องขอต่อศาลให้บังคับตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ โดยมีการแจ้งไปยังคู่พิพาททั้งสองฝ่ายแล้ว ศาลจะมีคำสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 42

จะเห็นได้ว่า การบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการมีผลดีต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เพราะเป็นการประกันว่าศาลสามารถบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้ ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ศาลจึงอาจไม่บังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้ แม้ในทางปฏิบัติ คู่พิพาทส่วนใหญ่จะยินยอมปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพราะคู่พิพาทมีความเกรงว่าหากตนไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการอาจทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์ต่อคู่พิพาท (the possibility of drawing adverse inferences by arbitrators)¹⁷¹ หรือหากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะมาตรการชั่วคราวดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอทำให้คู่พิพาทต้องปฏิบัติตาม คู่พิพาทอาจไปยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลอีกครั้ง โดยนำคำสั่งอนุญาโตตุลาการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการไปยื่นเป็นหลักฐานประกอบ แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ควรมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้จะบัญญัติให้อำนาจศาลในการยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการแล้ว ยังเห็นว่าควรบัญญัติให้อำนาจบางประการกับอนุญาโตตุลาการในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เช่นเดียวกับกฎหมายประเทศอังกฤษ เช่น จ่ายค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามมาตรการ

¹⁷¹ Ali Yesilirmak, "Provisional Measures in International Commercial Arbitration" (The Degree of Doctor, University of London, 2003). p. 309-310.

คุ้มครองชั่วคราว หรือคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิกิริยาจากการที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์ ที่เห็นสมควร เป็นต้น ซึ่งการบัญญัติให้อำนาจบางประการกับอนุญาโตตุลาการ ทำให้กระบวนการ อนุญาโตตุลาการเสร็จสิ้นไปในคราวเดียวกัน ศาลจะเข้ามาก้าวล่วงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เท่าที่จำเป็นเท่านั้น อันเป็นการส่งเสริมการอนุญาโตตุลาการให้เป็นที่ยอมรับและมีประสิทธิภาพ ยิ่งขึ้น

อีกประเด็นหนึ่งที่ควรพิจารณา คือ ศาลไม่สามารถบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ ออกโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอกได้ ตัวอย่าง คำสั่งห้ามไม่ให้ คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเคลื่อนย้ายทรัพย์สินออกไปนอกเขตอำนาจศาล (Mareva Injunction or freezing order) เนื่องจากคำสั่งประเภทดังกล่าวมักจะเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สามหรือ บุคคลภายนอก¹⁷² เช่น คำสั่งให้ธนาคารอายัดเงินฝากในบัญชีคู่พิพาท เพราะฉะนั้น คำสั่งประเภท ดังกล่าว คู่พิพาทส่วนใหญ่จึงไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล

โดยหลักการแล้ว การบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ ศาล ไทยย่อมมีอำนาจบังคับต่อคู่พิพาทและทรัพย์สินของคู่พิพาทที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น หากคู่พิพาท เลือกประเทศไทยเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) แต่ทรัพย์สิน ของคู่พิพาทที่จะถูกบังคับอยู่ต่างประเทศ คู่พิพาทจะต้องไปยื่นคำร้องต่อศาลต่างประเทศให้บังคับ ตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ปัญหาว่า ศาลต่างประเทศจะบังคับให้ตาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่

ปัญหาดังกล่าวนี้อาจต้องพิจารณาเป็นประการแรก คือ ในประเทศที่คู่พิพาท ไปร้องขอให้ศาลบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ มีกฎหมายที่บัญญัติ ให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศหรือไม่ หากกรณีที่ไม่มียกเว้นของกฎหมายให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออก โดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คู่พิพาทอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามมาตรการคุ้มครอง ชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการ บังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition

¹⁷² Peacock, N., H. Ambrose, and V. Naish, "Protecting Party Rights by Use of Interim Measures: Traps for the Unwary in Obtaining Court-Ordered Relief "

and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) หรืออนุสัญญานิววยอร์ก (“New York Convention”)

อนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ. 1958 เป็นอนุสัญญาที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นในต่างประเทศตามหลักถ้อยที่ถ้อยอาศัย เมื่อคู่พิพาทร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ศาลในประเทศที่คู่พิพาทร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดจะต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศได้วินิจฉัยโดยกระบวนการพิจารณาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ศาลไม่สามารถพิจารณาว่าคำชี้ขาดมีความถูกต้องเหมาะสมกับเนื้อหาหรือไม่¹⁷³ ในอนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ.1958 ไม่ได้กำหนดนิยามของคำชี้ขาด (Award) แต่จากการตีความมาตรา v(1)(e) ของอนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ.1958 ซึ่งกำหนดให้ศาลมีอำนาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งไม่ผูกพันคู่พิพาท¹⁷⁴ แสดงให้เห็นว่า คำชี้ขาดต้องไม่สามารถถูกยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือระงับในภายหลังได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คำชี้ขาดจะต้องมีลักษณะเสร็จเด็ดขาด (Final)¹⁷⁵ ด้วยเหตุนี้ การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้อนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ. 1958 ทำให้เกิดความคิดเห็นเป็นสองแนว

แนวความเห็นแรก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวแม้จะออกในรูปแบบของคำชี้ขาดอันเป็นคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) แต่คำชี้ขาดดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ข้อพิพาทระงับไปทั้งหมดหรือบางส่วน อีกทั้ง มาตรการนี้มีลักษณะชั่วคราว อนุญาโตตุลาการรวมถึงอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน และศาลจึงสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือระงับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในภายหลังได้ เพราะฉะนั้น มาตรการชั่วคราวจึงไม่สอดคล้องกับนิยาม “คำชี้ขาด” ในอนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ.1985 ซึ่งเป็นคำชี้ขาดที่ทำให้ข้อพิพาทระงับไปทั้งหมดหรือบางส่วน¹⁷⁶ ตัวอย่าง

¹⁷³ จิตรดารมย์ รัตนวุฒิ, "การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสมาชิกอาเซียน" (วิทยานิพนธ์ปริญญา ดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2560), หน้า. 75-76.

¹⁷⁴ Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement," *International Court of Arbitration Bulletin* 18, 2 (2007). P.26 cited in ศักรินทร์ บุญรอด, "การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ," หน้า. 248.

¹⁷⁵ Martin J. Valasek and Jenna Anne de Jong, "Enforceability of Interim Measures and Emergency Arbitrator Decisions," [Online] Accessed: 4 December 2022. Available from: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/6651d077/enforceability-of-interim-measures-and-emergency-arbitrator-decisions>

¹⁷⁶ Albert Jan van den Berg, "New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement," *International Court of Arbitration Bulletin*. P.26 cited in ศักรินทร์ บุญรอด, "การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ," หน้า. 248.

the Resort Condominiums International case ปี ค.ศ. 1993 อันเป็นคดีพิพาทระหว่างบริษัทอเมริกันและบริษัทออสเตรเลีย โดยบริษัทอเมริกันยื่นข้อเรียกร้องต่ออนุญาโตตุลาการ และขอให้อนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวห้ามไม่ให้บริษัทออสเตรเลียซึ่งเป็นคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านทำสัญญาเกี่ยวกับธุรกิจ Timeshare property¹⁷⁷ กับบริษัทรายอื่น และให้บริษัทออสเตรเลียยังคงปฏิบัติตามสัญญาเกี่ยวกับ Timeshare property กับบริษัทของตนต่อไป ซึ่งอนุญาโตตุลาการอนุญาตตามคำขอ บริษัทอเมริกันจึงนำคำขอไปยื่นต่อศาลใน Queensland เพื่อให้บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ศาลใน Queensland ไม่บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้ โดยให้เหตุผลว่าภายใต้อนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ.1958 มีเพียงคำชี้ขาดสุดท้ายฉบับเดียวที่สามารถบังคับได้ และมองว่าอย่างน้อยคำชี้ขาดภายใต้อนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ.1958 จะต้องผูกพันคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในแง่ที่ว่าประเด็นข้อพิพาทที่เสนอให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดจะต้องระงับไปทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งตรงกันข้ามกับเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่โดยหลักการแล้วมาตรการดังกล่าวสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกได้¹⁷⁸ ด้วยเหตุนี้เอง หากคู่พิพาทประสงค์จะบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คู่พิพาทจึงควรไปร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลที่มีเขตอำนาจอีกครั้ง อย่างเช่นคู่พิพาทในคดี HSBC PI Holdings (Mauritius) Limited v. Avitel Post Studios Limited and Others ซึ่งเดิมร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่ออนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินภายใต้ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบัน SIAC แต่ต่อมาคู่พิพาทร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลสูง Bombay ซึ่งศาลสูง Bombay ก็มีคำสั่งอนุญาตมาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทเดียวกันกับที่อนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินมีคำสั่ง¹⁷⁹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ส่วนแนวความเห็นที่สอง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการในรูปแบบคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) มีลักษณะเสร็จเด็ดขาด (final) และสามารถบังคับใช้ภายใต้อนุสัญญานิววยอร์ก ค.ศ. 1958 ได้ ซึ่งคำว่า “เสร็จเด็ดขาด” ในที่นี้ หมายถึง คำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) ทำให้ประเด็นเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระงับไปทั้งหมด ตัวอย่างคดี Polydef kis Corp v. Transcontinental Fertiliser Co. 1996 WL 683629 (ED Pa.)

¹⁷⁷ ธุรกิจการให้บริการที่มีการจัดสรรแบ่งเวลาในการเข้าใช้บริการสิ่งใดสิ่งหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์และความพอใจในการใช้บริการสิ่งนั้น

¹⁷⁸ James E Castello and Rami Chahine, "Enforcement of Interim Measures," [Online] Accessed: 4 December 2022. Available from: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/2nd-edition/article/enforcement-of-interim-measures#footnote-071>

¹⁷⁹ Kyongwha Chung, "Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes" (Master's Thesis, Department of Law, Harvard Law School, 2016). P. 13.

คดีนี้ศาลระดับสหพันธรัฐใน Pennsylvania รongรับคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) ของอนุญาโตตุลาการในลอนดอนที่สั่งให้คู่พิพาทฝ่ายคัดค้านจ่ายเงินค่าเสียหายจำนวนหนึ่งเป็นการชั่วคราว¹⁸⁰

ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับคดีนี้ เพราะคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) ไม่ได้ทำให้ข้อพิพาทระงับไปทั้งหมดหรือบางส่วน จึงไม่ใช่คำชี้ขาดตามนิยามในอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ที่จะบังคับให้ประเทศที่เป็นสมาชิกจะต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

กรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

เดิมกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ฉบับ ปี ค.ศ. 1985 บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ไม่ได้บัญญัติเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ โดยประเด็นเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการให้เป็นดุลพินิจของศาลในแต่ละประเทศว่าให้ความช่วยเหลืออนุญาโตตุลาการต่างประเทศในการบังคับตามมาตรการดังกล่าวหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 2006 กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ถูกปรับปรุงแก้ไข Article 17H กำหนดให้มาตรการชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับการยอมรับและมีผลผูกพัน เว้นแต่อนุญาโตตุลาการจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และไม่ต้องคำนึงถึงประเทศที่มาตราการคุ้มครองชั่วคราวถูกออกภายใต้บทบัญญัติของประเทศนั้น ๆ ทั้งนี้ การยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวต้องอยู่ภายใต้ Article 17I ที่กำหนดเหตุในการปฏิเสธมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ได้บัญญัติให้ศาลที่มีเขตอำนาจสามารถปรับเปลี่ยนมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศให้สอดคล้องกับระบบวิธีพิจารณาความในประเทศของตน เพื่อให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีผลบังคับใช้ได้ สามารถอ่านรายละเอียดเพิ่มเติมได้ในบทที่ 2

จะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL กำหนดให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว พร้อมกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้ศาลที่มีเขตอำนาจที่จะถูกขอให้บังคับใช้มาตรการคุ้มครอง

¹⁸⁰ In Re Arbitration between Cragwood Managers[ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 4 December 2022. แหล่งที่มา : <https://casetext.com/case/in-re-arbitration-between-cragwood-managers>

ชั่วคราวมีความมั่นใจว่ามาตรการดังกล่าวถูกออกอย่างถูกต้อง และเพื่อเป็นแรงผลักดันให้ประเทศต่าง ๆ มีทบัญญัติกำหนดให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในปัจจุบันศาลเกือบ 120 เขตอำนาจนากฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายในประเทศของตน และเกือบ 35 กว่าประเทศที่บัญญัติในกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้อำนาจศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ¹⁸¹ ตัวอย่างประเทศสิงคโปร์ รัฐบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศมาตรา 27(1) กำหนดว่า คำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign award) หมายถึง คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่สร้างขึ้นตามข้อตกลงว่าด้วยอนุญาโตตุลาการในดินแดนของประเทศที่ลงนามในอนุสัญญา ส่วนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (arbitral award) หมายความว่าตามคำนิยามที่กำหนดในอนุสัญญา และยังหมายความรวมถึงคำสั่งหรือมาตรการที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการในระหว่างการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 12(1)(c)-(j) และมาตรา 29(1) กำหนดว่า ภายใต้หมวดนี้ คำชี้ขาดต่างประเทศอาจถูกบังคับใช้ในศาลเช่นเดียวกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำในประเทศสิงคโปร์ที่อาจถูกบังคับใช้ตามมาตรา 19 แสดงให้เห็นว่าคำสั่งหรือมาตรการตามมาตรา 12(1)(c)-(j) หากออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ คำสั่งหรือมาตรการดังกล่าวให้ถือว่าเป็นคำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign award) ที่ศาลในประเทศสิงคโปร์จะยอมรับและบังคับใช้หากคำชี้ขาดต่างประเทศ (foreign award) ไม่เข้ากรณีเหตุแห่งการปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศตามมาตรา 31 ซึ่งคำสั่งหรือมาตรการตามมาตรา 12(1)(c)-(j) ที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศนี้ คำว่า อนุญาโตตุลาการต่างประเทศให้หมายความรวมถึงอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินในต่างประเทศด้วย ดังปรากฏในคดี CVG v CVH แม้ศาลปฏิเสธการยอมรับและบังคับใช้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉิน แต่สาเหตุที่ศาลปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดเพราะคู่พิพาทฝ่ายคัดค้านไม่ได้รับโอกาสให้โต้แย้งพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งเสนอโดยคู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องอันขัดต่อหลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural Justice) มิใช่เพราะคำชี้ขาดดังกล่าวถูกทำขึ้นโดยอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินต่างประเทศ หากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในกรณีฉุกเฉินไม่ขัดต่อหลักความยุติธรรมโดยธรรมชาติ (Natural Justice) ศาลสูงในประเทศสิงคโปร์ก็จะบังคับตามคำชี้ขาดให้ รายละเอียดของคดีนี้สามารถอ่านเพิ่มเติมได้ในบทที่ 4

¹⁸¹ Castello, J. E. and R. Chahine, "Enforcement of Interim Measures."

ด้วยเหตุนี้เอง ผู้ศึกษาเห็นว่า เพื่อให้ประเทศไทยเป็นศูนย์กลางในการระงับข้อพิพาท ด้วยการอนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ควรบัญญัติให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เพื่อให้คู่พิพาทที่ไม่ได้เลือกประเทศไทยเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) สามารถร้องขอให้ศาลไทยบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีทรัพย์สินอยู่ในประเทศไทย หากคู่พิพาทประสงค์ให้ศาลไทยบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ อนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะต้องออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบของคำชี้ขาด และการทำคำชี้ขาดระหว่างพิจารณา (interim award) ของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะต้องไม่ขัดต่อหลักการอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการไทย ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าประเทศไทยควรยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเฉพาะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่อยู่ในประเทศที่มีบทบัญญัติให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรือประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 เช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ที่บัญญัติยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการในประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ. 1958 เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการตอบแทน (Reciprocity) ที่ว่า “เมื่อประเทศหนึ่งให้ผลประโยชน์แก่อีกประเทศหนึ่ง ประเทศที่ได้รับจะเสนอผลประโยชน์ในลักษณะที่คล้ายคลึงกันเป็นการตอบแทน”¹⁸²

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

¹⁸² Francesco Paris and Nita Ghei, "The Role of Reciprocity in International Law," *Cornell International Law Journal* 36, 1 (2003). p. 1 cited in ศักรินทร์ บุญรอด, "การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ," หน้า. 252.

5.4 ตารางเปรียบเทียบอำนาจของอนุญาโตตุลาการและอำนาจของศาลในการออกมาตรการ
คุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายแม่แบบ อังกฤษ สิงคโปร์ สาธารณรัฐประชาชนจีน และไทย

	UNCITRAL Model Law	อังกฤษ	สิงคโปร์		สาธารณรัฐ ประชาชนจีน	ไทย
		Arbitration Act 1996	Arbitration Act 2001	International Arbitration Act	Arbitration Law of the People's Republic of China	พระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545
อำนาจของศาล	✓ ปรากฏใน Art.17(J)	✓ ปรากฏในมาตรา 44	✓ ปรากฏในมาตรา 31	✓ ปรากฏในมาตรา 12(A)	✓ ปรากฏใน มาตรา 28 46 68	? ปัญหาความไม่ชัดเจน ศาลอาจบังคับหรือไม่ บังคับคำสั่งคุ้มครอง ชั่วคราวอนุญาโตฯ ทั้งนี้ เป็นไปตามกฎหมายวิธี พิจารณาความ
อำนาจของ อนุญาโตฯ	✓ ปรากฏใน Art.17(1)	✓ ปรากฏใน มาตรา. 38 39 48	✓ ปรากฏในมาตรา 28	✓ ปรากฏในมาตรา 12	X ไม่ปรากฏใน กฎหมายฉบับ นี้	X ไม่ปรากฏในมาตรา 16
การบังคับ มาตรการ คุ้มครองชั่วคราว ที่ออกโดยอนุญา โตฯ	✓ Art. 17H ระบุให้ศาล ยอมรับและ บังคับคำสั่ง คุ้มครอง ชั่วคราวของ อนุญาโตฯ	✓ มาตรา 41 ให้ อำนาจอนุญา โตฯออก “Peremptory Order” มาตรา 42 ให้ อำนาจศาล บังคับตาม “Peremptory Order”	✓ มาตรา 28(4) ให้ ศาลยอมรับและ บังคับคำสั่ง คุ้มครองชั่วคราว ของอนุญาโตฯ	มาตรา12(6) ให้ศาลยอมรับ และบังคับคำสั่ง คุ้มครองชั่วคราว ของอนุญาโตฯ	x ไม่ปรากฏใน กฎหมายฉบับ นี้	? ปัญหาความไม่ชัดเจน ศาลอาจบังคับหรือไม่ บังคับคำสั่งคุ้มครอง ชั่วคราวอนุญาโตฯ ทั้งนี้ เป็นไปตามกฎหมายวิธี พิจารณาความ
ความสัมพันธ์ ระหว่างอนุญาโต ฯกับศาล	คู่พิพาทเลือก ได้ว่าจะขอ ต่ออนุญาโตฯ หรือศาล	ศาลมีอำนาจเมื่อ อนุญาโตตุลาการ ไม่มีอำนาจ มาตรา 44(5)	ศาลมีอำนาจเมื่อ อนุญาโตตุลาการ ไม่มีอำนาจ มาตรา 31(3)	ศาลมีอำนาจเมื่อ อนุญาโตตุลาการ ไม่มีอำนาจ มาตรา 12A(6)	-	ไม่ปรากฏในพ.ร.บ. แต่ TAI 39 ไม่กระทบสิทธิของ คู่พิพาทที่จะยื่นคำร้องขอ คุ้มครองชั่วคราวต่อศาล

5.5 ตารางเปรียบเทียบอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวใน ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

	UNCITRAL Arbitration Rules	ICC	LCIA	SIAC	CIETAC	TAI	THAC
อำนาจ อนุญาโตตุลาการ	ปรากฏในข้อ 26	ปรากฏในข้อ 28	ปรากฏในข้อ 25	ปรากฏในข้อ 30	ปรากฏในข้อ 23	ปรากฏใน ข้อ 39	ไม่ปรากฏ

5.6 บทสรุป

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ จะเห็นว่ากฎหมายต่างประเทศที่ทำการศึกษากว่า 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสิงคโปร์ ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน และรับรองให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ส่วนอีก 1 ประเทศ คือสาธารณรัฐประชาชนจีน ได้บัญญัติจำกัดอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว โดยสงวนอำนาจดังกล่าวไว้กับศาล แต่คู่พิพาทสามารถกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ สำหรับบทบัญญัติกฎหมายไทยมิได้ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน แต่อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวกลับปรากฏเพียงในข้อบังคับการอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

เมื่อได้ศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างของหลักกฎหมายเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นแล้ว พบว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการในกฎหมายไทยสมควรที่จะได้รับการปรับปรุงแก้ไขตามที่ผู้เขียนจะได้เสนอแนะในบทที่ 6 ต่อไป เพื่อให้คู่พิพาท สถาบันการอนุญาโตตุลาการต่าง ๆ รวมถึงศาลมีความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวไปในแนวทางและมาตรฐานเดียวกัน ตลอดจนช่วยลดปัญหาการตีความที่อาจเกิดขึ้นได้ อันเป็นการส่งเสริมให้การอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ โดยเริ่มตั้งแต่แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการอนุญาโตตุลาการและมาตรการคุ้มครองชั่วคราว บทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันทั้งกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศที่ทำการศึกษารวมถึงการวิเคราะห์ปัญหาและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงนำมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการของไทย

6.1 บทสรุป

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ คือ มาตรการชั่วคราวในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยมาตรการชั่วคราวดังกล่าวมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่พิพาทและในขณะเดียวกันมาตรการชั่วคราวนี้ก็ช่วยให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ ซึ่งสามารถสรุปประเด็นจากการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการ ดังต่อไปนี้

6.1.1. อำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

สำหรับประเด็นเรื่องอำนาจของอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทั้งที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมีกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL เป็นแบบในการร่างกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหาในการตีความเรื่องอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการออกเป็นสองแนวความเห็น แนวความเห็นแรก เป็นแนวคิดที่ผู้ร่างกฎหมายเลือกที่จะร่างกฎหมายตาม Article 9 แห่งกฎหมายแม่แบบ และเลือกที่จะตัด Article 17 ออก เพราะผู้ร่างมีความประสงค์สงวนอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวให้กับศาลเท่านั้น ซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ว่าแนวความคิดในยุคเดิม (traditional idea) ต้องการสงวนอำนาจบางประการให้กับศาล ส่วนแนวความเห็นที่สอง เป็นแนวคิดที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน แนวคิดนี้ไม่ได้หมายความว่า อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว เพราะแม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ แต่กฎหมายก็ได้บัญญัติห้ามหรือจำกัดอำนาจไว้ อีกทั้งอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นอำนาจทั่วไปของอนุญาโตตุลาการเอง (inherent power) ในเมื่ออนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท ทำไม

อนุญาโตตุลาการจะไม่สามารถมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เอง ทั้งที่อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลน้อยกว่าอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท

ในกฎหมายต่างประเทศที่ทำการศึกษาคือ ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ไม่ได้นำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายอนุญาโตตุลาการ และประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศที่นำกฎหมายแม่แบบมาเป็นแบบในการร่างกฎหมายต่างบัญญัติให้อำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน พร้อมกำหนดประเภทของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งได้ ส่วนสาธารณรัฐประชาชนจีน กฎหมายจำกัดอำนาจอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และสงวนอำนาจดังกล่าวให้กับศาล อย่างไรก็ตาม หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่มาตรการที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการอาจไม่มีผลบังคับใช้

6.1.2 การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการของศาล

สำหรับประเด็นเรื่องการบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการของศาล เนื่องจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยยังไม่ชัดเจนว่าอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ จึงนำไปสู่ปัญหาเรื่องการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ ดังนี้

1.) หากยึดแนวความเห็นแรกว่าศาลเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว ศาลจะไม่สามารถบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการได้

2.) หากยึดแนวทางความเห็นที่สองที่มีแนวความเห็นว่า เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ แสดงว่ากฎหมายไม่ได้จำกัดอำนาจ อีกทั้ง อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นอำนาจทั่วไปที่อนุญาโตตุลาการมีและสามารถใช้ได้ หากคู่พิพาทตกลงยินยอมให้อำนาจดังกล่าวแก่อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น กระนั้น หากเกิดกรณีที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอก็ต้องนำมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวไปยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ เพื่อให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองประโยชน์ต่อไป ปัญหาที่ตามมา คือ ศาลจะบังคับให้ตามที่อนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ หรือศาลจะใช้คำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

ที่ศาลเห็นสมควรเองตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 253 มาตรา 254 และมาตรา 264

ในกฎหมายสาธารณรัฐประชาชนจีนตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 6.1.1. หากคู่พิพาทยินยอมให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาตตุลาการก็มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่ปัญหาที่ตามมา คือ มาตรการดังกล่าวแม้มีผลผูกพันแต่ไม่มีผลบังคับใช้ ทำให้เกิดสถานการณ์ที่เรียกว่า “binding yet unenforceable” ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์และประเทศอังกฤษ กฎหมายอนุญาตตุลาการต่างบัญญัติให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาตตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายอนุญาตตุลาการในประเทศอังกฤษให้อำนาจอนุญาตตุลาการกระทำการบางประการในกรณีที่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เช่น อนุญาตตุลาการมีอำนาจทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกนั้นตามพฤติการณ์ที่เห็นสมควร มีอำนาจสั่งให้จ่ายค่าเสียหายในการอนุญาตตุลาการที่เกิดจากการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งนั้นได้ ฯลฯ

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาตตุลาการมาแล้วนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาตตุลาการ ดังต่อไปนี้

6.2.1 อำนาจของอนุญาตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ควรกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจอนุญาตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจน พร้อมทั้งรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้อย่างชัดเจนในเรื่องต่อไปนี้ด้วย

1.) ขอบเขตของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่อนุญาตตุลาการมีอำนาจสั่งได้

บัญญัติให้อนุญาตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL 4 ประเภท และเพิ่มมาตรการที่ให้จัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายในการอนุญาตตุลาการ ดังนี้ 1.) มาตรการที่รักษาสถานะปัจจุบัน หรือสถานะเดิมของคู่กรณีระหว่างพิจารณาข้อพิพาท 2.) มาตรการที่ป้องกันหรือยุติการกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสียความยุติธรรมต่อกระบวนการอนุญาตตุลาการ 3.) มาตรการที่สงวนรักษาทรัพย์สิน

เพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น คำสั่งยึดทรัพย์เป็นหลักประกัน การชำระหนี้ 4.) มาตรการรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท เช่น คำสั่งยึดเอกสารต่าง ๆ เป็นพยานหลักฐาน และ 5.) มาตรการที่ให้จัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ

2.) หลักเกณฑ์การพิจารณาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

บัญญัติหลักเกณฑ์การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการในกฎหมายแม่แบบมาใช้ เพราะหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นสากล ซึ่งนานาประเทศก็ใช้หลักเกณฑ์ในลักษณะที่สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการ กล่าวคือ คู่พิพาทต้องพิสูจน์ให้อนุญาโตตุลาการเห็นว่า 1.) ความเสียหายที่ไม้อาจเยียวยาได้และความเสียหายนั้นร้ายแรงกว่าความเสียหายที่คู่พิพาทอีกฝ่ายได้รับ 2.) โอกาสที่คู่พิพาทจะชนะตามข้อเรียกร้อง

นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการควรมีอำนาจสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอหลักประกันมาวางเพื่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้มาตรการดังกล่าวก็ได้

3.) การพิจารณาฝ่ายเดียว (ex parte)

บัญญัติให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจทำการพิจารณาฝ่ายเดียวได้ การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของอนุญาโตตุลาการต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าภายหลังอนุญาโตตุลาการต้องรับฟังคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่ได้รับการแจ้ง และสามารถแก้ไขยกเลิกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในเรื่องการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยชอบ หรือสุจริตกระบวนการ (Due Process) และการพิจารณาฝ่ายเดียวของอนุญาโตตุลาการควรกระทำได้เฉพาะในกรณีฉุกเฉิน

4.) การบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการ

แม้อนุญาโตตุลาการเป็นเอกชน เมื่อคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อนุญาโตตุลาการไม่สามารถบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าควรร่างกฎหมายให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจบางประการในกรณีที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ด้วยเหตุนี้เอง จึงมีความเห็นว่าควรนำแนวทางของกฎหมายประเทศอังกฤษเรื่อง “คำสั่งเด็ดขาดในเรื่อง

มาตรการคุ้มครองชั่วคราว” มาบัญญัติปรับใช้ กล่าวคือ หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวโดยปราศจากเหตุอันสมควร อนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจออก “คำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว” อันเป็นคำสั่งที่กำหนดให้คู่พิพาทปฏิบัติตามระยะเวลาที่อนุญาโตตุลาการเห็นสมควร หากคู่พิพาทไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าวได้ กฎหมายให้ทางเลือกแก่อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจได้สองประการ

ประการแรก ถ้ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการกำหนดหลักประกันเพื่อชำระค่าใช้จ่ายในการอนุญาโตตุลาการ (security for costs) เช่น คำสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายเรียกร้องวางเงินต่ออนุญาโตตุลาการหรือหาประกันมาให้เพื่อการชำระค่าฤชาธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย อนุญาโตตุลาการอาจทำคำสั่งชี้ขาดยกข้อเรียกร้องของคู่พิพาทฝ่ายร้องขอได้

ถ้ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม คือ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวประเภทอื่น ๆ ได้แก่ มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการกำหนดหลักประกันเพื่อบังคับตามคำสั่งชี้ขาดในอนาคตและมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคงสถานะของคู่พิพาทในขณะดำเนินกระบวนการพิจารณา อนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการ 1.) มีคำสั่งให้คู่กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งเป็นประเด็นแห่งคำสั่งนั้น 2.) ทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์ที่สมควร 3.) ดำเนินการทำคำสั่งชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว 4.) จ่ายค่าเสียหายในการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

ประการที่สอง เมื่ออนุญาโตตุลาการร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้บังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยมีการแจ้งไปยังคู่พิพาททั้งสองฝ่ายแล้ว หรือคู่พิพาทร้องขอโดยได้รับความยินยอมจากอนุญาโตตุลาการ และแจ้งไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว หรือคู่พิพาทตกลงให้ศาลมีอำนาจดังกล่าว ศาลจะมีคำสั่งให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งเด็ดขาดในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการก็ได้

นอกจากนี้ ควรบัญญัติให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบของคำสั่งชี้ขาดที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เพื่อให้คู่พิพาทที่ไม่ได้เลือกประเทศไทยเป็นสถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ (seat of arbitration) สามารถร้องขอให้ศาลไทยบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ทั้งนี้ การบังคับคำสั่งชี้ขาด

ดังกล่าวจะต้องไม่ขัดกับหลักการอนุญาโตตุลาการที่ปรากฏในกฎหมายอนุญาโตตุลาการไทย ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศที่ศาลควรยอมรับและบังคับให้ควรเป็นคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศที่มีบทบัญญัติให้ศาลยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรือประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958

5.) ความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการและศาลในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ในประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับศาลในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ควรนำแนวคิดกฎหมายประเทศอังกฤษ และกฎหมายประเทศสิงคโปร์มาบัญญัติปรับใช้ กล่าวคือ ให้อำนาจอนุญาโตตุลาการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อน หากอนุญาโตตุลาการไม่สามารถออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้ ศาลจึงเข้ามามีบทบาทและมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Court-subsidiary model) ทั้งนี้ การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความเป็นอิสระ อนุญาโตตุลาการสามารถพิจารณาคดีให้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียว อันเป็นการสะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายแก่คู่พิพาทอันเป็นการส่งเสริมกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

6.2.2 ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่..) พ.ศ.

มาตรา 16 เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอ คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาดให้คุ้มครองชั่วคราว โดยคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งหรือคำชี้ขาดให้คุ้มครองชั่วคราว ดังต่อไปนี้

- (1) มาตรการที่รักษาสถานะปัจจุบัน หรือสถานะเดิมของคู่พิพาทระหว่างพิจารณาข้อพิพาท
- (2) มาตรการที่ป้องกันหรือยุติการกระทำใด ๆ ที่จะก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเสียหาย ความยุติธรรมต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ
- (3) มาตรการที่สงวนรักษาทรัพย์สินเพื่อให้คำชี้ขาดในภายหลังสามารถบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(4) มาตรการรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานอันเกี่ยวข้องและเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

(5) มาตรการให้จัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายในการอนุญาตตุลาการ

มาตรา 16/1 คู่พิพาทที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตามมาตรา 16 (1)(2)(3) และ (5) ต้องพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่า

(1) ความเสียหายไม่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขได้อย่างเพียงพอโดยคำชี้ขาดข้อพิพาท และความเสียหายนั้นร้ายแรงกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกกำหนดให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกรณีที่ไม่มีการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

(2) มีความเป็นไปได้ตามที่คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะในมูลคดี ทั้งนี้ ความเป็นไปได้ดังกล่าวจะต้องไม่ผลต่อดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

คู่พิพาทที่ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวตาม มาตรา 16/1 (4) สามารถพิสูจน์หลักเกณฑ์ในวรรคหนึ่ง (1) (2) ในขอบเขตที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าเหมาะสม

มาตรา 16/3 คณะอนุญาโตตุลาการอาจแก้ไข ระบุ หรือยุติชั่วคราวซึ่งมาตรการชั่วคราวที่ได้ให้ไว้ เมื่อมีคู่พิพาทร้องขอหรือเมื่อมีพฤติการณ์พิเศษและได้แจ้งให้คู่พิพาททราบแล้ว

มาตรา 16/4 คณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องวางประกันในจำนวนที่เหมาะสมตามที่คู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้องขอเยียวยาก็ได้

มาตรา 16/5 ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยปราศจากเหตุอันสมควร คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งกำหนดระยะเวลาที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรให้คู่พิพาทปฏิบัติตามมาตรการชั่วคราว หากคู่พิพาทยังไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจ

(1) ยกข้อเรียกร้องของผู้ร้อง กรณีคู่พิพาทอีกฝ่ายร้องขอให้จัดหาหลักประกันสำหรับค่าใช้จ่ายการอนุญาตตุลาการ

(2) สั่งให้คู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งเป็นประเด็นแห่งคำสั่งนั้น

(3) ทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งนั้นตามพฤติการณ์
ที่สมควร

(4) ดำเนินการทำคำชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่ออนุญาโตตุลาการโดย
ชอบแล้ว

(5) ให้อำนาจศาลในการอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

นอกจากความตามวรรค 1 หากคู่พิพาทยังไม่สามารถปฏิบัติตามคำสั่งของคณะ
อนุญาโตตุลาการภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว คณะอนุญาโตตุลาการซึ่งได้แจ้งไปยังคู่พิพาททั้ง
สองฝ่ายทราบแล้ว หรือคู่พิพาทซึ่งได้รับความยินยอมจากอนุญาโตตุลาการและได้แจ้งไปยังคู่พิพาทอีก
ฝ่ายหนึ่งทราบแล้ว สามารถร้องขอต่อศาลให้บังคับคำสั่งดังกล่าวได้ ศาลต้องบังคับคำสั่งดังกล่าว
เสมือนคำสั่งนั้นถูกสั่งโดยศาล

มาตรา 16/6 ศาลมีอำนาจยอมรับและบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในรูปแบบ
คำชี้ขาดที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเฉพาะประเทศที่มีบทบัญญัติให้ศาลยอมรับและ
บังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ หรือประเทศที่เข้าร่วมเป็น
ภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก ค.ศ.1958 แต่การออกคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศจะต้อง
ไม่เข้ากรณีตามมาตรา 43

มาตรา 16/7 คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการ
ชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ โดยศาลมี
อำนาจในการออกคำสั่งเช่นเดียวกับอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการดังที่ระบุไว้ในมาตรา 16 (1)-(4)

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่พิพาทตามวรรคหนึ่ง ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ยื่นคำร้อง
มิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่
ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว

ศาลจะดำเนินการตามคำขอของคู่พิพาทตามวรรคหนึ่ง ถ้าปรากฏต่อศาลว่าคณะ
อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจที่จะดำเนินการเช่นนั้นได้ หรือไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมี
ประสิทธิภาพ

บรรณานุกรม

- ACERIS. Provisional Measures in International Arbitration [Online]. Available from: <https://www.acerislaw.com/provisional-measures-in-international-arbitration/> [12 October 2021].
- Albert Jan van den Berg. New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement. International Court of Arbitration Bullentin 18, 2 (2007).
- Arbitration Act 1996. [Online]. Available from: <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/United-Kingdom-Arbitration-Law.pdf> [15 October 2021].
- Ashley, P., and Boswell, L. Interim Measures in England and Wales [Online]. Available from: <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-interim-measures/england-wales> [3 December 2022].
- Benz, S. Strengthening Interim Measures in International Arbitration. Georgetown Journal of International Law 50 (2019): 144-175.
- Born, G. International Arbitration: Law and Practice. Kluwer Law International BV, 2012.
- Castello, J. E., and Chahine, R. Enforcement of Interim Measures [Online]. 2021. Available from: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/2nd-edition/article/enforcement-of-interim-measures#footnote-071> [4 December 2022].
- China International Economic and Trade Arbitration Commission Cietac Arbitration Rules. [Online]. Available from: <http://www.cietac.org/Uploads/201902/5c6148b100105.pdf> [6 June 2022].
- Choong, J., Mangan, M., and Lingard, N. A Guide to the Siac Arbitration Rules. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Chung, K. Emergency Arbitration in Investment Treaty Disputes. Master's Thesis, Department of Law Harvard Law School. 2016.
- County Court Remedies Regulations 1991/1222 Explanatory Note.
- Craig, W. L., Park, W. W., and Paulsson, J. International Chamber of Commerce Arbitration. 3rd edition ed.: Oceana Publications Inc, 2000.

Deacons. Interim Measures Arrangement between Hong Kong and the Prc - an Update [Online]. Available from: <https://www.deacons.com/2020/04/23/interim-measures-arrangement-between-hong-kong-and-the-prc-an-update/> [1 July 2022].

Departmental Advisory Committee on Arbitration Law. In A Report on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, chaired by The Rt Hon Lord Justice Mustill 1989.

Expert-Evidence. Kinds of Interim Measures in Arbitration [Online]. Available from: <https://expert-evidence.com/kinds-of-interim-measures-in-arbitration/> [12 October 2021].

Ferguson, S. M. Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results. INT'L TRADE L.J. 12, 55 (2003).

GAO, R. Bridging an Access-to-Justice Gap for International Commercial Dispute Resolution: Recent Developments of Interim Measures in Cross Border Chinese Arbitration. Columbia Journal of Transnational Law 59, 3 (2021): 608-682.

Gee, S. Mareva Injunctions and Anton Piller Relief 4 ed.: Sweet & Maxwell, 1998.

Gelander, J. L. Judicial Review of International Arbitration Awards: Preserving Independence in International Commercial Arbitration. Marquette Law Review 80 (1997): p 625-627.

HAVEDAL, A. Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2015-2016 SCC Praticce Note (2016).

Herbert Smith Freehills. English High Court Has No Power to Grant Urgent Relief under Arbitration Act Where Urgent Relief Could Be Granted by Expedited Tribunal or Emergency Arbitrator under Lcia Rules [Online]. Available from: <https://hsfnotes.com/arbitration/2016/10/07/> [3 November 2021].

———. Lcia Publishes Its Casework Report for 2021 – Showing among Other Things an Increased Number of Cases from North America and the Middle East and Continued Improvement in Arbitrator Diversity in Appointments by the Lcia Court [Online]. Available from: <https://hsfnotes.com/arbitration/2022/06/07/lcia-publishes-its-casework-report->

[for-2021](#) [1 November 2022].

Heuman, L. Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure. Juris Publishing, Inc., 2003.

HKIAC. Hkiac Releases Statistics for 2021 [Online]. 2022. Available from: <https://www.hkiac.org/news/hkiac-releases-statistics-2021> [1 November 2022].

———. Prc-Hk Interim Measures Arrangement: Frequently Asked Questions [Online]. Available from: <https://www.hkiac.org/Arbitration/interim-measures-arrangement-faqs> [1 July 2022].

ICC. About Icc [Online]. Available from: <http://www.iccthailand.or.th/home/> [13 October 2021].

"Icc Partial Award 7972 ". 1997.

In Re Arbitration between Cragwood Managers. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://casetext.com/case/in-re-arbitration-between-cragwood-managers> [เข้าถึงเมื่อ 4 December 2022]

Interim Measures in China. [Online]. Available from: <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-interim-measures/china> [4 January 2022].

"Iran V United States of America, Case a-15 ". 24 November 1986.

Jon, W.-J. Interim Measures in Arbitration and Enforcement of Arbitral Awards in Korea and China. Journal of Arbitration Studies 26, 3 (2016): 67-91.

King & Wood Mallesons. Cvg V Cvh: Singapore Court Decides That Foreign Emergency Arbitration Awards Can Be Enforced in Singapore but Refuses Enforcement of This Particular Award. [Online]. Available from: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=60f3e47d-e45a-470b-bb49-4b5c460baf9e> [1 December 2022].

Lagerberg, G., and Mitellis, L. International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices. Queen Mary University of London, 2006.

LCIA. Lcia Arbitration Rule [Online]. Available from: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx [15 October 2021].

Lee, J. Court-Subsidiarity and Interim Measures in Commercial Arbitration: A Comparative Study of UK, Singapore and Taiwan. CONTEMP. Asia ARB. J 6, 2

(2013): 227-247.

Lew, J. D., Mistelis, L. A., and Kroll, S. M. Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International B.V., 2003.

Marchac, G. Interim Measures in International Commercial Arbitration under the Icc, Aaa, Lcia and Uncitral Rules. Am. Rev. Int'l Arb. 123, 123 (1999).

Ming, C. L. "Cvg V Cvh." Singapore High Court, 2022.

Mohmeded, S. A Critical Analysis of Arbitral Provisional Measures in England and Wales. Degree of Doctor of Philosophy in Law Brunel University 2014.

Nigel Blackaby KC, Constantine Partasides KC, and Redfern, A. Redfern and Hunter on International Arbitration. 7th ed. Oxford: Oxford University Press.

Parikh, S., and Mangaldas, C. A. Obtaining Interim and Permanent Relief in International Ip Arbitration [Online]. 2021. Available from: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ip-arbitration/first-edition/article/obtaining-interim-and-permanent-relief-in-international-ip-arbitration> [6 November 2022].

Paris, F., and Ghej, N. The Role of Reciprocity in International Law. Cornell International Law Journal 36, 1 (2003).

Peacock, N., Ambrose, H., and Naish, V. Protecting Party Rights by Use of Interim Measures: Traps for the Unwary in Obtaining Court-Ordered Relief [Online]. Available from: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/protecting-party-rights-by-use-of-interim-measures-traps-for-the-unwary-in-obtaining> [1 June 2022].

"Pearl Petroleum Co Ltd V Kurdistan Regional Government of Iraq ". In EWHC 3361 (Comm), 20 November 2015.

PILLAY, M. N. R. The Singapore Arbitration Regime and the Uncitral Model Law. ARBITRATION INTERNATIONAL 20, 4 (2004): 355-386.

Possible Future Work in the Area of International Commercial Arbitration Note by the Secretariat.

"Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A., & Allan Fosk Kaplún V. Plurinational State of Bolivia, Icsid Case No. Arb/06/2." 2016.

Rajah and Tann LLP. Extent of Court Intervention in Arbitration Proceeding [Online].

- Available from: 08-Mar-Extent-Of-Court-Intervention-Arb.pdf [3 November 2021].
- SANCHEZ, J. F. Applying the Model Law's Standard for Interim Measures in International Arbitration. Journal of International Arbitration 37, 1 (2020): 49-86.
- SAVOLA, M. Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings. Croat. Arbit. Yearb. 23 (2016).
- Shouzhi, Z., and Mallesons, K. W. Arbitration Procedures and Practice in China: Overview [Online]. Available from: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/> [5 January 2022].
- SIAC. Annual Report 2021 [Online]. 2021. Available from: <https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2022/06/SIAC-AR2021-FinalFA.pdf> [1 November 2022].
- . Siac Rules [Online]. Available from: <https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20Thai%20-%20August%202017.pdf> [17 October 2021].
- Singapore High Court Examines Its Approach Towards Interim Orders in Arbitral Proceedings [Online]. Available from: <https://hsfnotes.com/arbitration/2012/11/09/> [3 November 2021].
- Singapore Statutes Online. Arbitration Act [Online]. Available from: <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001#pr28-> [16 October 2021].
- . International Arbitration Act [Online]. Available from: <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994> [16 October 2021].
- TAI. เกี่ยวกับ TAI [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://tai.coj.go.th/th/content/page/index/id> [เข้าถึงเมื่อ 14 ตุลาคม 2564]
- . บทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด: Mandatory Provision [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://tai.coj.go.th/th/content/article/detail/id/10082/iid/196977> [เข้าถึงเมื่อ 21 ตุลาคม 2564]
- Tao, J. Salient Issues in Arbitration in China American University International Law Review 27, 4 (2012): 808-830.
- Teacher, L. American Cyanamid V Ethicon [Online]. Available from: <https://www.lawteacher.net/cases/american-cyanamid-v-ethicon.php> [16 October 2021].
- "Telecino V Commission." 1993.

- THAC. ข้อมูลเกี่ยวกับองค์กร [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://thac.or.th/th> [เข้าถึงเมื่อ 12 ตุลาคม 2564]
- . ข้อดีของการอนุญาโตตุลาการ [ออนไลน์]. 2017. แหล่งที่มา: <https://thac.or.th/th/article13/> [เข้าถึงเมื่อ 7 July 2022]
- Thong-intr, W. เรื่องไม่ใหม่ที่กฎหมายอนุญาโตตุลาการไทยไม่มี: มาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยอนุญาโตตุลาการ [Online]. 2564. Available from: <https://www.wcclawoffice.com> [27 ตุลาคม 2565].
- Trigo, A. C. Recent Developments in Arbitration in China - Interim Measures, How to Achieve Proper Relief. *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 20, 55 (2016).
- UNCITRAL. *Uncitral Arbitration Rules (2021) Uncitral Expedited Arbitration Rules Uncitral Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* [Online]. Available from: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-book.pdf [13 October 2021].
- United Nation. *Status: Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006* [Online]. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status [21 october 2021].
- . *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006* [Online]. Available from: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration [16 October 2021].
- Valasek, M. J., and Jong, J. A. d. *Enforceability of Interim Measures and Emergency Arbitrator Decisions* [Online]. 2018. Available from: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/6651d077/enforceability-of-interim-measures-and-emergency-arbitrator-decisions> [4 December 2022].
- Wael, S. *Interim Measures in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of the Egyptian, English and Scottish Law*. Master's Thesis, Department of

- Law University of Stirling 2013.
- Walsh, T. W. 2006 *Uncitral Model Law: Are States Adopting the Law in Letter and Spirit?* *TDM.J* 8, 2 (2011).
- Werbicki. *Arbitral Interim Measures: Fact Or Fiction?* *Disp. Resol. J.* (2003).
- "West Tankers V Ras Riunione Adriatica Di Sicurta Spa." In *EWHC 454 (Comm)*, 2005.
- Wong, R. *Interim Relief in Aid of International Commercial Arbitration.* *SACLj* 24 (2012): 499-532.
- Xiusong, X., and Heng, W. *Interim Measures in Arbitration Proceedings in China* [Online]. Available from: <https://globalarbitrationreview.com/> [5 June 2022].
- Yesilirmak, A. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration. The Degree of Doctor, University of London.* 2003.
- Yu, J., and Cao, L. *A Guide to the Cietac Arbitration Rules.* Oxford: Oxford University Press, 2020.
- กนกพรรณ ชลชวลิต. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://thac.or.th/th/> [เข้าถึงเมื่อ 14 ตุลาคม 2564]
- ข้อพิจารณาของฝ่ายเลขานุการตามที่ได้รับมอบหมายจากที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ ในการประชุมครั้งที่ 2/2526
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 24/2540. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.smartdeka.com/each_deka/ [เข้าถึงเมื่อ 3 พฤศจิกายน 2564]
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3260-3261/2554. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.smartdeka.com/each_deka/ [เข้าถึงเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2564]
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3883 - 3884/2559. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://www.smartdeka.com/each_deka/ [เข้าถึงเมื่อ 14 ตุลาคม 2564]
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5081/2554. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: https://smartdeka.com/each_deka/ [เข้าถึงเมื่อ 3 พฤศจิกายน 2564]
- จิตรดารมย์ รัตนวุฒิ. การยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศสมาชิกอาเซียน. *วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.* 2560.
- เจษฎา เพชรแอน. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองชั่วคราวในคดีผู้บริโภค. *วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.* 2555.
- ธวัชชัย สุวรรณพานิช. คำอธิบายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 กรุงเทพมหานคร: นิติ

ธรรม, 2557.

นฤมล กิจสินธพชัย. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ.

พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

นันทน อินทนนท์. การทบทวนประสิทธิภาพในการบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทย. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (2553): 139-165.

ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. คำบรรยายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคบังคับคดี.

กรุงเทพมหานคร: บริษัท มี สมบัติจำกัด, 2550.

พิศุทธิ์ อรรถกมล. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำชี้ขาดในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ. ใน รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.

รุ่งระวี สุโขมา. แนวทางการเพิ่มประสิทธิภาพกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศของไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. วิทยานิพนธ์ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารกระบวนการยุติธรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2560.

ศักรินทร์ บุณรอด. การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการในการอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ [ออนไลน์]. 2564. แหล่งที่มา:

<https://m.facebook.com/taiarbitration/videos/live-now-tai-webinar-series> [เข้าถึงเมื่อ 21 ตุลาคม 2564]

สมชัย ชีมาตุตมากร. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 4 วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา.

กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2561.

เสาวนีย์ อัศวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

อาทิตย์ ปิ่นปัก. Anti-Suit Injunction ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ. AULJ 1, 1 (2553).



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	ยศจจี คงบริรักษ์
วัน เดือน ปี เกิด	6 สิงหาคม 2539
สถานที่เกิด	จังหวัดพระนครศรีอยุธยา
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ที่อยู่ปัจจุบัน	จังหวัดนนทบุรี



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY